<36628237330014

Der Entwurf

einer

Strafprozeß-Ordnung

für den

Preußischen Staat.

Der Entwurf

einer

Strafprozeß-Ordnung

für den

Preußischen Staat

vom Jahre 1865.

Mit Berücksichtigung der neuesten deutschen Strafprozess-Ordnungen und Entwürfe

kritisch betrachtet

von

Dr. J. Fr. H. Abegg,

Geheimen Justizrath und ordentl. Professor an der K. Universität zu Breslau, Comthur und Ritter m. O. ꝛc.

Leipzig,

Ernst Julius Günther.

1865.

Vorwort.

Die Herausgabe der nachfolgenden Bemerkungen über den „Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für den Preußischen Staat Berlin 1865" bedarf einer kurzen Bevorwortung, aber hoffentlich keiner Entschuldigung. Es ist für den mit dem wichtigen Gegenstande nach seinem Berufe sich Beschäftigenden eine Pflicht, sich bei den Bestrebungen zu betheiligen, das Zustandekommen einer zeitgemäßen, den Forderungen des Rechts im umfassendsten Sinne entsprechenden Gesetzgebung im Gebiete des Strafverfahrens möglichst zu fördern. Der allgemeinen Aufforderung, mit der sich hier noch eine besondere verbindet, dürfen sich auch die Vertreter der Theorie nicht entziehen, vollends, wo sie in der Lage sind, über diese hinaus die legislativen und praktischen Ansprüche der Prüfung zu unterwerfen.

Für mich lag noch eine nähere Pflicht vor. Ich hatte in Folge ehrender Aufforderungen nicht nur verschiedenen Gesetzes-Entwürfen anderer deutscher Staaten, sondern auch Preußens meine Theilnahme mittelst Ausarbeitung eingehender Gutachten gewidmet, die sich wohlwollender Aufnahme und vielfacher, oft zustimmender Berücksichtigung erfreuten. Insbesondere hatte ich den „Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten", welcher im J. 1851 der öffentlichen Beurtheilung vorgelegt worden war, einer ausführlichen Betrachtung unterworfen. So viel mir bekannt, ist dieses die einzige im Druck erschienene, den ganzen Entwurf umfassende kritische Arbeit.

Jener Entwurf kam jedoch bekanntlich nicht zur Vorlage an die Kammern. Die „Einleitende Vorbemerkung" zu dem gegenwärtigen Entwurf sagt (S. 3): „Es hatten sich inzwischen gegen die Herstellung einer vollständigen, den ganzen Strafprozeß umfassenden Strafprozeß-Ordnung Hindernisse erhoben, welche das Staats-Ministerium zu dem Beschlusse führten, von der Vorlegung eines solchen Gesetzes zur Zeit abzusehen".

Ganz vergebens war indessen weder die auf die Ausarbeitung des Entwurfs, noch die auf dessen Kritik und den Versuch, einzelne Verbesserungen und Abänderungen zu begründen, verwendete Mühe gewesen.

„Der Entwurf von 1851 (heißt es in der angeführten Vorbemerkung S. 5), welcher bei allen legislativen Arbeiten, die seitdem in andern deutschen Staaten auf diesem Gebiete neu unternommen worden sind, fast ohne Ausnahme als Grundlage gedient hat, ist auch in dem vorliegenden Entwurfe zum Ausgangspunkte genommen worden. Er hat namentlich bei der Anordnung des Stoffes im Allgemeinen und bei denjenigen Punkten zum Muster gedient, wo es auf eine Vermittelung der Rheinischen mit der altländischen Procedur ankommt."

Wenn auch der erste Satz, der ohnehin nicht unbedingt ausgesprochen ist, in zweifacher Hinsicht zu beschränken ist, einmal, insofern jener frühere Entwurf selbst aus den vorangegangenen Gesetzgebungen, wie ich in meiner Begutachtung nachgewiesen, Vieles aufgenommen hatte, insbesondere der Thüringischen und der Oesterreichischen Strafprozeß-Ordnung, und ferner, indem auch die spätern Entwürfe anderer Länder nicht wenig Abweichendes enthalten, so ist doch die Thatsache richtig. Ausdrücklich erklärt ist sie in Oldenburg, Hessen-Darmstadt und Württemberg bei Gelegenheit der betreffenden Gesetzes-Vorlagen. Da es hier nicht auf den Ruhm ankommt, eine besondere Originalität zu behaupten, vielmehr das zeitgemäße und zum Bewußtsein gelangte Recht in angemessener Weise auszusprechen, welches in seinen Grund-

wahrheiten und den durch diese bedingten Forderungen, sowie in seiner geschichtlichen und politischen Entwickelung, unter den besondern, im Ganzen unter gleichen Voraussetzungen, auch auf gleicher Stufe der Bildung stehenden Volksstämmen, ein im Wesentlichen gemeinsames ist, so kann man sich nur freuen, wenn eine gegenseitige Anerkennung der Leistungen stattfindet, und das Gute, welches von der einen Seite kommt, von anderer aufgenommen wird. So gestaltet es sich zum Gemeingut, und an die Wahrnehmung der im Wesentlichen sich bekundenden Uebereinstimmung in der Sache — des Inhalts — knüpft sich die Hoffnung einer einstigen — der Form, und einer auch äußerlich hervortretenden Einheit der Gesetzgebung — wenigstens in diesem Gebiete. Es ist dies ein Ziel, dem, wenngleich zum Theil von entgegengesetzten Standpunkten aus, fast allgemein nachgestrebt wird. Und wie solche eine theilweise Berechtigung haben, so wird man dieselben für den gemeinsamen Ausgangs- und Zielpunkt nicht in Abrede stellen dürfen.

So hat denn auch meine kritische Betrachtung über jenen Entwurf ihre Bestimmung nicht ganz verfehlt. Sie ist in den Ländern, wo der Preußische Entwurf vornehmlich zur Grundlage diente, wie in denen, wo derselbe — wie billig, doch wenigstens mit berücksichtigt wurde — zu Rathe gezogen und benutzt worden. Dies ergibt, zu meiner erlaubten Genugthuung, die Vergleichung der verschiedenen Entwürfe, der Materialien, Verhandlungen und der hiernach erfolgten Revisionen. — Ich habe aber auch die Genugthuung gehabt, in der Verweisung auf meine Arbeit von Seiten der Regierungen, welche Entwürfe im Anschluß an den Preußischen öffentlich vorlegten, dieses in einer Weise ausgesprochen und anerkannt zu sehen, wie sie dem wünschenswerth sein muß, der in seinen Beiträgen der Sache des Rechts zu dienen sich befleißigt. Vor Allem darf ich — wenn es auch die Bescheidenheit verbietet, den Inhalt der über mein Verdienst gehenden Erklärungen und des meinen Arbeiten gespendeten Lobes mitzutheilen — doch erwähnen

— weil es sich um die Sache handelt — wie insbesondere die Großherzoglich Oldenburgische Regierung bei ihren Vorlagen wiederholt jene Kritik im Allgemeinen, und dann in den weitern Begründungen und Verhandlungen bei den einzelnen Bestimmungen in Bezug genommen hat (Motive zu dem Entwurf v. J. 1856, S. 178, und Motive zu dem revidirten Entwurf v. J. 1857, S. 242).

Meine Hoffnung, daß auch für die Preußische Gesetzgebung, vollends nachdem ausdrücklich erklärt worden, es sei so viel als möglich dem gegenwärtigen Entwurfe jener frühere zu Grunde gelegt worden, jene Arbeit eine Berücksichtigung finden möchte, die in dem erlaubten Interesse, etwas zu dem wichtigen Werke der Codification in diesem Gebiete beitragen zu können, gehegt werden durfte, hat mich nicht getäuscht. An vielen Stellen enthält der neue Entwurf (dem allgemeine Motive und Ausführungen nicht beigegeben sind) nach Inhalt oder Form der Fassung solche Abänderungen, wie ich sie vorgeschlagen hatte und, wie ich glaube, Verbesserungen, bei deren Aufnahme — wenigstens unter andern — auch meine Erinnerungen Berücksichtigung gefunden haben. Allerdings nicht überall. In manchen Punkten bescheide ich mich, in andern vermochte ich nicht zu der Ueberzeugung zu gelangen, daß ich meine Bedenken aufgeben müßte.

Wenn ich so mich auf die längst vorgelegten Bemerkungen beziehen und allenfalls bei dem Bewußtsein beruhigen konnte, meine Theilnahme an vaterländischen Gesetzes-Arbeiten hinlänglich bethätigt zu haben, so durfte mich dies doch nicht abhalten, auch den jetzigen Entwurf einer nähern Prüfung zu unterwerfen. Ohnehin ist nicht Weniges, schon in der Form, neu, was damals zu erörtern keine Veranlassung vorlag. Jene Bezugnahme gestattete eine größere Kürze — die Arbeit selbst schien mir durch Rücksichten der Pflicht geboten.

Der von mir auch sonst befolgte Weg, der Ordnung des Entwurfs mich anzuschließen, schien mir dem nächsten Zweck mehr zu entsprechen, als der andere, in einer Reihe von Abhandlungen die

sog. Principienfragen zu erörtern. Diese dürfen als entschieden betrachtet, nicht mehr in Frage gestellt werden. Wenn sich aber hiernach die Bemerkungen auf Einzelheiten, ja oft auf die Wortfassung einzelner Sätze beziehen, so wird jeder Kenner zugeben, daß es sich bei solchen um wichtige Folgen handelt, daß von der scharfen genauen Bestimmung die richtige Auslegung, und zuletzt das Recht abhängt. Man darf hier nichts für geringfügig oder unbedeutend ausgeben, gegenüber den großartigen Fragen, für deren Erledigung weniger Stoff zu bieten einer der Vorzüge ist, welche der Entwurf zwar nicht ausschließend in Anspruch nehmen kann und will, aber in dem er gegen andere auch nicht zurücksteht.

Die Reichhaltigkeit der Vergleichungen mit den Strafprozeß-Ordnungen anderer Länder, welche ich der Betrachtung über den Entwurf v. J. 1851 beigegeben, gestattete mir hier eine ohnehin noch durch andere Rücksichten gebotene Beschränkung. Von den neuesten sind gelegentlich die Strafprozeß-Ordnungen von Baden und Hessen-Darmstadt, die Entwürfe von Oesterreich und Württemberg, auf welche auch die amtlichen Bemerkungen öfters hinweisen, insbesondere da in Bezug genommen, wo es zur Unterstützung der eignen Ansicht angemessen erschien.

Wenn der überwiegende Theil der Erinnerungen gegen die Vorlagen nach Inhalt oder Form gerichtet ist, so bedarf dies, indem ich mich selbst bescheide, hiemit nicht überall das Richtigere getroffen zu haben, wo die Absicht nur dahin geht, etwas zur nochmaligen Erwägung zu empfehlen — keiner Rechtfertigung. Was zu billigen ist, womit man sich einverstanden findet, das kann kürzer berührt oder ganz übergangen werden. Dennoch habe ich an nicht wenigen Stellen für nothwendig erachtet, nicht nur die der im Ganzen beifallswerthen Vorlage gebührende Anerkennung auszusprechen, sondern auch hier und da die Vertheidigung zu übernehmen. Dazu mußte — da statt der Motive nur gelegentliche einleitende Bemerkungen gegeben sind — unter andern die Erwägung führen, daß Manches Gegenstand eines Bedenkens sein

könnte, welches mit Gründen zurückzuweisen nicht minder eine Pflicht ist, wie denn auch die begründete Zustimmung ihre Bedeutung hat, so wenig Gewicht dieselbe, als von einem Einzelnen ausgehend, haben möge. Wir Alle, die wir von verschiedenen Standpunkten aus versuchen, etwas zur Lösung der gemeinsamen Aufgabe beizutragen, dürfen einerseits uns die Berechtigung eines entgegengesetzten Standpunktes nicht verhehlen, andererseits begegnen wir einander — oder sollten es doch thun — in dem einen Ziele der Gerechtigkeit, neben welchem andern, insbesondere den hier so häufig sich behauptenden politischen Rücksichten nur so weit eine Berechtigung zugestanden werden darf, als sie mit jenem Grund und Zweck der Gerechtigkeit vereinbar sind, und dieser, richtig verstanden, zur Förderung dienen.

Bei der Beschränkung, welche ich mir insbesondere in Ansehung der Zeit auferlegen mußte, konnte nicht Alles erschöpft werden. Meine sonstigen Beiträge, auf die ich gelegentlich Bezug genommen, werden zur Ergänzung beitragen. Möge die gute Absicht, in welcher diese Erörterungen geliefert sind, denselben eine wohlwollende Aufnahme sichern, und das Ergebniß dem Werke selbst einigermaßen förderlich sein, dessen Zustandekommen dringend geboten ist!

Breslau, den 26. Juli 1865.

Inhalt.

Der „Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für den Preußischen Staat[1])", welcher jetzt der Oeffentlichkeit übergeben ist, soll, nach der einleitenden Vorbemerkung, nicht ein in allen seinen Theilen neues Verfahren herbeiführen. Was dringend gefordert wird, ist zunächst mehr formeller Art, die Codification des bestehenden Rechtes. Dieses aber ist in verschiedenen unter einander nicht in ein durchgängig richtiges Verhältniß gesetzten Quellen enthalten.

[1]) Die bisherige officielle Bezeichnungsweise, welche in allen größern Gesetzeswerken von dem Allgemeinen Landrecht und der Allgem. Gerichts-Ordnungen, ebenso in dem Strafgesetzbuche v. J. 1851 und dem Entwurfe der Strafprozeß-Ordn. v. J. 1851 vorkommt, ist: „für die Preußischen Staaten". Hier findet sich, entsprechend dem Titel der Verfassungs-Urkunde, zuerst: „Preußischer Staat". Das könnte gleichgültig oder untergeordnet erscheinen, wenn man nicht etwa in constitutionellem Sinne auf die letztere Fassung größern Werth legen zu müssen glaubt. Die Mehrheit „Staaten" deutet aber doch auf etwas Concreteres hin als jenes Abstractum: „Staat". Ich würde vorschlagen, „für das Königreich Preußen", wie auch die V.-U. in der Einleitung sich als die des „Königreichs" zu erkennen gibt. Auch in den andern Ländern ist die Bezeichnung concreter: „für das Königreich Bayern, Württemberg, für das Großherzogthum Baden"; „der Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für die Länder des Oesterreichischen Kaiserstaates" — wo die Eigenthümlichkeit der Bezeichnung nur durch die bestehenden politischen Verhältnisse und thatsächlichen Voraussetzungen gerechtfertigt ist. Indem so der Forderung genügt wird, die zum Bewußtsein gelangte und verfassungsmäßige Einheit des Staates, welche sich auch in der Gesetzgebung ausspricht, bestimmt hervorzuheben, wird durch die Bezeichnung des Königreichs, Kaiserstaates, welche mehrere auch in der Volksthümlichkeit verschiedene Länder oder Landestheile umfassen, zugleich dem Concreten sein Recht gewahrt. Und es hat dies auch noch eine, über die passende Wahl des Wortes hinausgehende — ja in Beziehung auf die allgemeine Gesetzgebung — selbst praktische Bedeutung.

Dabei sind allerdings auch materielle Aenderungen und Verbesserungen, jedenfalls aber gesetzliche Bestimmungen, für Grundsätze, welche derselben bisher entbehrten, nicht ausgeschlossen. Das Bedürfniß der Einheit der Gesetzgebung im Gebiete des strafrechtlichen Verfahrens ist anerkannt. „Es konnte nicht davon die Rede sein, die leitenden Grundsätze, welche dem Rheinischen Strafprozeß und dem Verfahren in den übrigen Landestheilen gemeinsam sind, wiederum in Frage zu stellen." Dies, und daß darnach soviel als möglich auch in der Ausführung des Einzelnen ein Anschluß an das Bestehende stattfindet, daß, auf derselben Grundlage, ferner der Entwurf vom J. 1851, „welcher bei allen legislativen Arbeiten, die seitdem in andern deutschen Staaten auf diesem Gebiete neu unternommen worden sind, fast ohne Ausnahme zur Grundlage gedient hat, auch hier zum Ausgangspunkte genommen worden", kann nur gebilligt werden. „Er hat namentlich bei der Anordnung des Stoffes im Allgemeinen, und bei denjenigen Punkten zum Muster gedient, wo es auf eine Vermittelung der Rheinischen mit den altländischen Procedurformen ankommt."

Neben dieser geschichtlich begründeten und innerlich gerechtfertigten Weise der gebotenen Codification bedurfte es nicht der Hinweisung auf das Bedenkliche irgend einer andern Methode. „Die Aufsuchung und Durchführung neuer Principien würde nicht nur der angestrebten Einheit der Gesetzgebung neue Hindernisse bereiten, sondern auch alle diejenigen Gefahren in sich schließen, die mit neuen Einrichtungen, welche die Probe des Lebens noch nicht bestanden haben, mögen sie auch im Voraus noch so reiflich durchdacht worden sein, naturgemäß verbunden sind." Gewiß ist diese Bemerkung richtig, aber sie schwächt die Bedeutung des positiv Erklärten ab. Denn es handelt sich hier überhaupt nicht darum, neue Principien aufzusuchen, wie es denn deren nicht so viele gibt, unter denen zu wählen wäre. Zwar könnte, gegenüber dem Inhalte des Entwurfs, der uns beschäftigt, eine solche gelegentliche Aeußerung gleichgültig erscheinen. Allein es ist doch nothwendig, sofort bei dem Betreten des Gebietes sich Rechenschaft über die Aufgabe zu geben. Möge immerhin die Gesetzgebung, indem sie bestimmte Vorschriften aufstellt, das Princip zu erörtern und zu rechtfertigen der Wissenschaft überlassen — für die Sache und für die Anwendung muß es zum Bewußtsein gebracht werden. Es darf an sonst Bemerktes erinnert werden: das Princip, wie die Wahr-

heit, ist nicht zu erfinden — es ist da und soll erkannt werden. Dies ist aber hier, und zwar für das Strafverfahren nicht minder als für das Strafrecht — die Gerechtigkeit. Diese, welche als das zu erreichende Ziel zur Geltung gebracht werden soll, muß auch als der Grund das Leitende sein für den gesammten Inhalt. Auch das Verfahren soll, und zwar in allen seinen Theilen oder Schritten, ein gerechtes sein. Hiermit ist denn für die Beurtheilung des Entwurfs der wichtigste Maßstab gegeben. Dann erst, und in Uebereinstimmung mit den Forderungen des Rechtes, kommen die Rücksichten der Zweckmäßigkeit in Betracht. Daneben allerdings noch andere, welche durch positiv-geschichtliche und überhaupt gegebene Voraussetzungen bedingt, wie z. B. das, was die Gerichtsbarkeit, die Zuständigkeit rc. betrifft und vom Standpunkte des Rechts aus so wie der Angemessenheit nicht eine ausschließlich gerade auf diese bestimmte Weise erfolgende Anordnung fordern, sondern so oder anders wahrgenommen werden können, wonach sich neue Vorschläge rechtfertigen, ja als nothwendig erzeigen mögen.

Hiernach genügt es also nicht, den Grundsatz der Gerechtigkeit — der ein materieller ist — lediglich als einen formellen aufzustellen. Aus ihm allein, ohne die oben erwähnten Rücksichten, läßt sich eine Prozeß-Ordnung nicht ableiten, die Nothwendigkeit gerade dieser Methode oder Einrichtung des Verfahrens nicht darthun. Der Gerechtigkeit vermochte auch das schriftliche und nicht öffentliche Untersuchungsverfahren zu entsprechen. Kein Kenner, kein gerechter oder billiger, von vorgefaßten Meinungen freier Beurtheiler dessen, was bei dem Streit über die sog. Principienfragen (so oft mit Uebertreibung nach der einen oder andern Seite) vorgebracht worden ist, wird alle Mängel oder Versehen, welche angeblich oder wirklich vorgekommen sind, lediglich jenem Verfahren zur Last legen oder gar behaupten, es sei an sich ungeeignet gewesen, das Recht und die Wahrheit zu erkennen. Der Grundsatz der Gerechtigkeit kann überhaupt (und es gilt das nicht blos von dem strafrechtlichen Gebiet, sondern von dem gesammten Rechtsgebiete) in verschiedenen Weisen und Formen durchgeführt werden. Wenn man diese nun, nach dem gangbaren Sprachgebrauche, gleichfalls als Principien bezeichnet, Anklage-, Untersuchungsprincip, Verhandlungsprincip, Princip der Mündlichkeit, Schriftlichkeit, der Oeffentlichkeit rc., so ist mindestens daran zu erinnern, daß diese nur im untergeordneten, abgeleiteten Sinne Principien seien. In der

That ist dies nicht gleichgültig, oder ein Wortstreit. Es knüpfen sich daran praktische Folgen. Die zu weit gehende selbstständige Hervorhebung dieser Principien könnte dahin führen, das Haupt- oder sogen. Grundprincip[2]) der Gerechtigkeit in den Hintergrund zu stellen, ja zu verletzen. So hat man aus der Anklageform, indem sie zugleich das herrschende Princip sein sollte, eine Forderung abgeleitet, welche das bei uns mit Recht noch immer anerkannte Untersuchungsprincip (verschieden von der Form des Untersuchungsverfahrens) völlig bei Seite setzt und den privatrechtlichen Charakter nach einem jetzt überwundenen Standpunkte, mit bedenklichen Consequenzen, einzuführen bevorwortet.

Indessen über diese Bestimmungen ist entschieden. Nach den amtlichen Erklärungen sollen die jetzt angenommenen, welche die Erfahrung bewährt hat, beibehalten werden. So kann die Kritik, die dagegen wohl nichts zu erinnern hat, den Entwurf auf seiner eigenen Grundlage prüfen und mit dem angegebenen Maßstabe die Frage erörtern, ob das in Vorschlag gebrachte Verfahren geeignet sei, den beiden wesentlichen Forderungen zu entsprechen — einmal und vor Allem der Gerechtigkeit zu dienen, dann, unter Beobachtung dessen, was sich durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit empfiehlt, den Einklang mit der Gesetzgebung in andern Gebieten und mit den Ansprüchen herzustellen, welche von sonstigen berechtigten Standpunkten aus anerkannt werden müssen.

Da nun, außer dem bereits geltenden Rechte, welches die

---

[2]) Solche Ausdrücke suche ich zu vermeiden. Princip, Anfang, Grund ist hinreichend, und Grundprincip sagt nicht mehr: es ist ein Pleonasmus, oder wenn damit etwa ein Gegensatz zu andern (angeblich weniger bedeutenden) Principien angedeutet werden sollte, führt es zu Mißverständnissen. So sprechen auch Manche von abgeleiteten Principien. Allein im Wesen des Princips liegt es, daß aus ihm etwas als Folge, nicht daß es selbst abgeleitet werde. Vielmehr wäre das, woraus die Ableitung erfolgt, das Princip. Nicht weniger ist die besonders in Verbindung mit Untersuchung und Verhandlung vorkommende Verwechslung von Princip und Maxime zu mißbilligen, obgleich die Bezeichnungen Untersuchungsmaxime, Verhandlungsmaxime fast das Bürgerrecht erlangt haben. Princip ist etwas Objectives — Maxime, Subjectives. Jemand, der nicht nach Grundsätzen handelt, kann sich eine Maxime bilden. Das mag ihm zugestanden, aber es kann der Maxime nicht für Andere eine Geltung beigelegt werden. Manchen ist auch jenes noch nicht genug. Sie sagen: „das Princip der Verhandlungsmaxime" 2c. S. dagegen meine Abhandlung über die Preuß. Strafrechtsliteratur in Schletter's Jahrbüchern, VIII, 346.

Grundlage bildet, vornehmlich der Entwurf v. J. 1851 benutzt worden ist, welchem ich eine ausführliche Betrachtung gewidmet habe, so wird es mir erlaubt sein, auf diese Arbeit und zwar um so mehr mich zu beziehen, als damit Zeit und Raum gewonnen und dem sonst möglichen Vorwurfe begegnet wird, als sei bei der (noch aus andern Gründen gebotenen) Beschränkung auf einige Bemerkungen, dem neuen Werke nicht alle ihm gebührende Aufmerksamkeit zugewendet worden. Auch darf ich mit Genugthuung bemerken, daß ich hier, wie in andern legislativen Werken, wo neben jenem Entwurfe auch meine Erörterungen mit zu Rathe gezogen worden sind, nicht wenige der von mir vorgebrachten Erinnerungen berücksichtigt finde.

Daß die Arbeiten über das Strafverfahren, und zwar sowohl die wissenschaftlich-praktischen, als auch die legislativen, in andern deutschen Staaten mit berücksichtigt worden sind, ist zu billigen, und war zu erwarten. Ja es hätte vielleicht noch in größerem Maße die Benutzung des reichen Stoffes stattfinden sollen. Vergleicht man S. 10 die Nachweisungen der Literatur, so ist diese sehr dürftig. Von sechs Werken, die überhaupt angeführt werden, sind zwei, die Materialien zur Verordnung v. 3. Jan. 1849 und die Rechtssprechung des Obertribunals in Strafsachen, unter einen andern Gesichtspunkt zu stellen, dem auch der größere Theil des Goltdammer'schen Archivs angehört: so bleiben für die sonstige und theoretische Literatur, wenn man noch F a u s t i n H e l i e, der französisches Recht behandelt, abzieht, nur die beiden allerdings werthvollen Werke von P l a n c k und Z a c h a r i ä übrig, die jedoch für sich allein das nicht erschöpfen, worauf es ankommt, wenn eine vollständige Begründung geleistet werden sollte. So hätten namentlich auch die theils vollendeten Commentare über die auswärtigen Strafproceß-Ordnungen z. B. die Oesterreichische von W ü r t h und von v. H y e, G l u n e c k, die Sächsische von S c h w a r z e, theils die begonnenen von D o l l m a n n über die Bayrische, von A m m a n n über die Badische, und um so mehr in Bezug genommen werden können, als damit einiger Ersatz für die mangelnde durchgängige Motivirung geboten würde. Von den neuen Entwürfen ist a. a. O. der O e s t e r r e i c h i s c h e nur nach der Redaction v. J. 1862, nicht der neueste v. J. 1864 erwähnt. Im Uebrigen ist doch in den meist kurzen Begründungen oder Erläuterungen, welche einzelnen Titeln oder auch nur §§ beigegeben sind, noch hie und da eine besondere Be-

rücksichtigung neuer Monographieen oder Abhandlungen zu erkennen. Auch mag es nicht gemißbilligt werden, daß ausführliche Motive, wie sie sonst wohl den Entwürfen hinzugefügt werden, nicht geliefert sind, da man eben, bei den angenommenen Grundlagen der vorhandenen Vorarbeiten, zumal bei Festhaltung an den bereits geltenden Principien, nicht genöthigt ist, Alles zu wiederholen, was vorausgesetzt werden darf, wie denn auch deren Kenntniß von Seiten Derer anzunehmen ist, welche sich mit der Prüfung des vorliegenden Entwurfs beschäftigen.

Sonach wird es auch, selbst unter Verzichtleistung auf den Vortheil, der für unsere Arbeit erwachsen und derselben ein größeres Interesse verleihen könnte, sich empfehlen, nur in großer Beschränkung eine Vergleichung mit den andern Strafprozeß-Ordnungen anzustellen, welche theils in den letzten Jahren in mehreren deutschen Ländern zu Stande gekommen, theils im Entwurfe vorgelegt sind. In meiner „Kritischen Betrachtung" über unsern Entwurf v. J. 1851 habe ich die bis dahin erschienenen Gesetzeswerke, insbesondere aus Oesterreich und den Thüringischen Staaten berücksichtigt; in der gegenwärtigen gedenke ich, wo sich Veranlassung zu Vergleichungen bietet, nur die seitdem vorgelegten oder verabschiedeten Gesetzesvorschläge in den Kreis der Erörterung zu ziehen.

Ich schließe die Bemerkungen, zu denen ich Grund zu haben glaube, den einzelnen Bestimmungen nach der Reihenfolge der Titel an.

Erster Titel.

Allgemeine Bestimmungen.

Durch die Aufnahme des § 1 über das Erforderniß einer der Bestrafung vorausgehenden rechtlichen Untersuchung und Entscheidung, welche in dem frühern Entwurfe vermißt wurde, und die nunmehr positive Fassung über die nothwendige Verfolgung der Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen an Stelle der blos nega-

tiven, des früheren § 1 jetzt § 2, ist den von mir gemachten Erinnerungen die gewünschte Berücksichtigung zu Theil geworden [3]).

Jetzt könnte zu § 1 hinsichtlich der „Uebertretungen" bemerkt werden, daß das schon nach allgemeinen Grundsätzen sich verstehende, hier bestimmt ausgesprochene Erforderniß einer vorgängigen Untersuchung „doch eine Ausnahme erleide, insofern bei jenem noch die Vorschriften über das Verfahren vor dem Polizeirichter", (Titel XV, § 370) das Mandats-Verfahren beibehalten, ja dasselbe und die Zulässigkeit einer (sofortigen) Strafverfügung, nicht auf Uebertretungen beschränkt, sondern auch auf die § 11 bezeichneten Vergehen angewendet ist, bei denen es zur Zeit nicht stattfindet. Die Sache selbst empfiehlt sich durch die „allgemein anerkannte praktische Zweckmäßigkeit", aber die Ausnahme tritt um so mehr hervor. Man kann einwenden, daß denn doch die Entscheidung (welche selbstverständlich nie unterbleiben darf) vorausgehe, — allein dies, daß solche ohne vorheriges Verfahren eintreten kann, bleibt doch immer eine so starke Abweichung von dem § 1 allgemein ausgesprochenen Grundsatz, daß um so eher ein Vorbehalt oder eine Verweisung auf § 370 zu empfehlen scheint, je weniger man die Angemessenheit der Bestimmung selbst in Zweifel ziehen kann. Denn, daß rechtliches Gehör, wenn der Verurtheilte sich nicht glaubt bei der Entscheidung beruhigen zu dürfen, nicht ausgeschlossen werden soll, ist durch § 372, Nr. 4, § 373 und die Gestattung des Einspruches genügend vorgesehen.

Indessen, da eben dieses Mandatsverfahren selbst ein und zwar in dem Entwurfe vorgeschriebenes ist, mag man dem Wort „gesetzmäßig" vor „Untersuchung" jene weitere auch die Ausnahme mit in sich begreifende Auslegung geben, wie ja auch das Ungehorsams-Verfahren eine solche Ausnahme enthält. Am wenigsten möchte ich, jener Erinnerung ungeachtet, es bevorworten, den wesentlichen Grundsatz an der Spitze des Ganzen zu beschränken, oder in Zweifel zu stellen. Eine leichte Aenderung in der Fassung, noch nach dem Vorgang von Baden § 1, oder Oesterreich § 1, Württemberg § 1, würde hinreichen.

Der sonstige Inhalt des Titels ist übereinstimmend mit den

---

[3]) Der Entwurf einer Strafprozeß-Ordnung für die Preußischen Staaten mit besonderer Berücksichtigung der Gesetzgebung anderer deutscher Staaten, kritisch betrachtet. (Halle 1852.)

andern Gesetzgebungen, zum Theil umfassender aufgenommen. Und dies ist zu billigen, da, was hier seine Stelle findet, in der That allgemeiner Natur ist. Nur scheint für die — ich möchte sagen — Symmetrie, welche in dem ganzen Titel (nach dem Vorgange insbesondere Badens) erkennbar ist, die sehr ausführliche Erläuterung der Ausnahmen in § 9, bei Untersuchungen wegen Entwendung von Früchten, Felderzeugnissen, an Holz und andern Waldproducten, und bei Forst-, Feld-, Jagd- und Fischereifreveln, von der Vorschrift des § 8 störend und fast kleinlich. In § 8 nämlich ist die Rede von der Frage nach den Einflüssen bestimmter Rechtsverhältnisse zur Zeit der Begehung der Handlung auf die Strafbarkeit derselben. Daß auch hierüber der Strafrichter zu entscheiden habe, ist begründet und meist überall angenommen. „Nach den für das Verfahren in Strafsachen geltenden Vorschriften" ist nicht deutlich genug. Baden § 5 setzt nach Verfahren „und den Beweis" ebenso Württemberg Art. 7.

Entscheidungen des Criminalgerichts sind nur maßgebend, so fern durch dieselben „das in Frage stehende Rechtsverhältniß schon vor jenem Zeitpunkte rechtskräftig geregelt worden ist" [4]). Die in den genannten drei Gesetzgebungen gemachte Ausnahme in Betreff der angefochtenen Gültigkeit der Ehe — als Voraussetzung des verbrecherischen Thatbestandes — ist hier nicht aufgenommen. Die Motive suchen das zu rechtfertigen und berufen sich darauf, daß andere Gesetzgebungen, welche noch weiter gegangen und in mehr Fällen die Strafrichter an die erst zu erwartende Entscheidung des Civilrichters mit einstweiliger Aussetzung des Strafverfahrens gewiesen, in der Folge genöthigt gewesen seien, dies zurückzunehmen oder zu beschränken, so daß eben nur der Fall der angefochtenen Gültigkeit einer Ehe übrig geblieben sei. Wenn nun auch dieser hier nicht beibehalten ist, ohnerachtet des Zugeständnisses: „da es allerdings im öffentlichen Interesse zu liegen scheint, daß über solche Fragen nicht blos incidenter, sondern durch die hierzu berufenen Richter entschieden werde", so ist doch wohl die Folgerung: „Eine derartige gesetzliche Regulirung dürfte sich indessen hinsichtlich der Ehefragen allein, wegen der Singularität des Falles nicht em-

[4]) Etwas abweichend die soeben mir zukommende: Strafprozeß-Ordnung für die Provinzen Starkenburg und Oberhessen. Amtliche Ausgabe (Darmstadt 1865), Art. 3.

pfehlen", — nicht erheblich genug, um, da sie lediglich vom formellen und dem Zweckmäßigkeits-Standpunkte ausgeht, die aus der Sache selbst, den materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit hervorgehenden Bedenken zu entfernen.

Die Singularität (doch wohl nicht die Seltenheit, sondern die Eigenthümlichkeit) des Falles erfordert um so mehr, daß von der Regel: „Niemanden seinem ordentlichen Richter zu entziehen" nicht abgegangen werde, als es sich nicht blos um das Interesse des strafrechtlich Verfolgten, sondern auch für andere bei der in Frage gestellten Ehe betheiligte Personen und zwar für diese um die bürgerlich rechtlichen Folgen handelt. Bleibt diesen, wenn sie nicht genöthigt sein sollen, auch gegen sich das strafrechtliche, z. B. das Nichtdasein einer Ehe erklärende Erkenntniß anzuerkennen, der sonst gebotene Rechtsweg offen, so wird es an den Collisionen, auf deren Vermeidung die Noten S. 15 a. E. hinweisen, nicht fehlen. Gegen die Zweckmäßigkeitsrücksicht ist geltend zu machen, daß es sich um Recht und Rechte handelt, für deren Wahrnehmung nur nach Rechtsgrundsätzen zu sorgen ist.

Und wie läßt sich diese (negative) Bestimmung (die Nichtaufnahme der Ausnahme in Ansehung einer so wichtigen Frage, wie die über das Bestehen, die Gültigkeit einer Ehe) vereinigen mit der (übrigens dem Inhalte und dem bestehenden Rechte nach gerechtfertigten) Ausnahme in Betreff der Frucht-Entwendung, der Holz-, Feld- und sonstigen Frevel, denen § 9 eine so große Ausführlichkeit widmet, wie sie sonst kaum in dem Entwurfe vorkommt?

Dagegen ist es ein Vorzug, daß § 8, wo von dem maßgebenden Erkenntniß, welches im bürgerlichen Prozeß gefällt worden, die Rede ist, ausdrücklich bemerkt wird: „rechtskräftig", wodurch ein sonst möglicher Zweifel beseitigt wird.

Die Anordnungen in Hinsicht der, unter Ausschließung des Adhäsionsprozesses, zur Sprache kommenden Entschädigungsansprüche und bestimmter civilrechtlicher Folgen der Handlung für den Verletzten, wobei so viel eingeräumt ist, als sich mit dem regelmäßigen Strafverfahren vereinigen läßt und billig gefordert werden kann, sind wohl begründet und verdienen Zustimmung [5]).

---

[5]) S. meine (auch in den Motiven angeführte) Abhandlung in Goltdammer's Archiv, III, 577. „Die Geltendmachung der durch eine strafbare Handlung begründeten civilrechtlichen Ansprüche."

Die (gleichfalls im Entwurfe vorliegende) Civilprozeß-Ordnung soll dafür sorgen, daß das richtige Verhältniß hergestellt werde und daß die rechtskräftige Feststellung des Thatbestands und der Thäterschaft durch den Strafrichter auch für den Rechtsstreit über die civilrechtlichen Folgen der That maßgebend sei. (S. 17.)

Zweiter Titel.

Von den Gerichten in Strafsachen.

Die hier getroffenen Bestimmungen entsprechen der bestehenden Gerichtsverfassung und den Eintheilungen der strafbaren Handlungen in dem Strafgesetzbuch § 1 in Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen. Bei dieser, jetzt als festgestellt angenommenen Grundlage, läßt sich nichts gegen den Inhalt der §§ 11 ꝛc. und gegen die wenigen, die Zuständigkeit namentlich der Strafkammern erörternden Abänderungen des jetzigen Rechtes (§ 13) erinnern.

Gegen den früheren Entwurf erscheint es als eine Verbesserung, welche ich schon damals beantragt hatte[6]), daß hinsichtlich der Zahl der zu jeder Abtheilung (von den Einzelrichtern abgesehen) nach den verschiedenen Stadien des Verfahrens erforderlichen Richter eine feste Bestimmung sich findet und nicht blos, wie früher die Angabe des Minimums („wenigstens —"), so daß die Mitwirkung einer größern Zahl auch nicht zuläßig sein soll. Die Gründe, aus welchen man sich gegen die Statthaftigkeit einer (zuweilen nicht blos zufälligen, sondern wohl bedacht herbeigeführten) Theilnahme von mehr Richtern, als regelmäßig bei der Entscheidung mitwirken sollten, habe ich seitdem noch weiter ausgeführt[7]). Auch ist der Grundsatz in allen andern Gesetzgebungen anerkannt. Daß jetzt bei uns, abweichend von § 3 des Gesetzes v. 7. Mai 1856, der Grundsatz der festen Begrenzung der Richterzahl auch auf das

---

[6]) Meine Note 3 angef. Schrift: „Der Entwurf v. J. 1851 kritisch beleuchtet", S. 17.

[7]) In der Abhandlung: „Beiträge zur Lehre von der Rechtsfindung durch Richter-Collegien", in Goltdammer's Archiv, VI, 738; VII, 1. 115.

Obertribunal ausgedehnt wird (§ 20), ist ebenso zu billigen, als die gewiß unbedenkliche Ausnahme für die Entscheidungen der vereinigten Abtheilungen des Senats für Strafsachen, welche wohl motivirt ist. Eine Erinnerung, die ich zu § 25 des frühern Entwurfs hinsichtlich der fehlenden Bestimmung über die sog. Combinations-Methode gemacht hatte[8]), ist durch die Bestimmung des jetzigen § 23 Nr. 3 erledigt.

Der § 16, Nr. 1 sagt, daß „bei jedem Collegialgerichte erster Instanz ein Untersuchungsrichter aus dessen Mitgliedern von dem Appellationsgerichte nach Anhörung des Ober-Staatsanwalts jedesmal auf Ein Jahr ernannt werde." Das „jedesmal" könnte wegbleiben, oder durch eine andere Fassung entbehrlich gemacht werden. Man hat die Anhörung des Ober-Staatsanwalts für bedenklich erklärt. Will man von Mißtrauen ausgehen, was ebenso unwürdig, als, schon nach der Stellung der Thätigkeit der Untersuchungsrichter im Verfahren und in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften ungerechtfertigt erscheint, so könnte man freilich hier und sonst einen Einwand erheben. Dabei wird, als sich von selbst verstehend und in gleicher Weise unrichtig, dem Ober-Staatsanwalt eine andere als die seinem Berufe, der Gerechtigkeit zu dienen, entsprechende Gesinnung untergelegt. Die Bestimmung gründet sich doch wohl vornehmlich mit darauf, daß jener Beamte, neben den Gliedern des Appellationsgerichts, wohl durch seine Personal-Kenntniß im Stande sei, über die Geeignetheit eines richterlichen Beamten, gerade zu dem in so vieler Hinsicht schwierigen und verantwortlichen Beruf des Untersuchungsrichters, eine Ansicht auszusprechen. Es ist weder gesagt, daß diese die maßgebende sein müsse, noch etwa, daß die Ernennung, welche ausdrücklich dem Appellationsgerichte beigelegt wird, dem oder einem der Präsidenten allein zustehen solle.

Gesetzt, diese schon durch ihre Offenheit dem Bedenken entgegentretende Bestimmung wäre nicht getroffen, würde dies, wo es sich um die Wahl eines Untersuchungsrichters (wohl gemerkt nicht für einen jetzt vorliegenden Fall, sondern) für das nächste Jahr handelt, die also geraume Zeit vorher vorbereitet, berathen und getroffen werden muß, ein Hinderniß sein, den in diesem Zweige der praktischen Thätigkeit besonders erfahrenen Ober-Staatsan-

---

[8]) Meine kritische Beleuchtung, S. 21.

walt um seine Meinung zu fragen? Würde, wo dies geschehen, und wenn diese wirklich die Wahl entschieden hätte, ein allgemein begründeter Vorwurf, aus einem Verfahren entlehnt werden dürfen, welches von einer andern Seite her sogar sich als ein durch die Angemessenheit zu Beobachtendes empfiehlt? Zumal da ja die Wahl nur unter den Mitgliedern des Collegial-Gerichts stattfindet und nicht davon die Rede ist, einen andern, etwa für ein Jahr, commissarisch abzuordnen.

Dritter Titel.

Von der Unfähigkeit der Richter und Gerichtsschreiber zur Mitwirkung in einer Strafsache und von der Zulässigkeit ihrer Ablehnung.

Das hier Vorgetragene, dem in dem frühern Entwurfe seine Stelle in einem der folgenden Titel angewiesen war, schließt sich passend an. Andere Gesetzgebungen sind auch hier zum Theil vorausgegangen, zum Theil befolgen sie, gleich dem Entwurf v. 1851, eine andere Ordnung. Obschon in einem Gesetzeswerke die streng systematische Ordnung einer theoretischen zugleich durch Rücksichten der Methode bestimmten Darstellung nicht gefordert werden kann, auch für das praktische Bedürfniß auf solche weniger Werth zu legen ist, so ist doch, um dies bei dieser Gelegenheit ein für allemal zu bemerken, kein Grund, so viel als möglich, die eine und andere Rücksicht zu verbinden.

Der jetzt aufgestellte und durchgeführte Unterschied der Unfähigkeit und der Ablehnung, oder der Fälle der von selbst eintretenden Unfähigkeit des Richters, und derjenigen Gründe, aus welchen ein Richter perhorrescirt werden kann, während der frühere Entwurf nur von der Ablehnung (hier zugleich remissiv von der nicht zulässigen der Staatsanwaltschaft) handelte, war von mir bereits beantragt und hat in der genannten neuen Straf-Pr.-Ord. Eingang gefunden. Ich habe dies ausführlicher begründet, und kann mich mit der jetzigen Auffassung nur einverstanden erklären.

Daß die wohl gerechtfertigte Ausschließung eines Rechtsmittels

wider die über Ablehnungsgesuche getroffenen Entscheidungen, unbeschadet der Befugniß stattfinde, die Rechtsbeständigkeit des unter Mitwirkung eines abgelehnten Richters oder Gerichtsschreibers ergangenen Urtheils anzugreifen (§ 31), verdient Billigung. Durch die nunmehr in § 32 ausdrücklich ausgesprochene Richtigkeit der Handlungen eines unfähigen Richters 2c. vorbehaltlich, daß bei dem Dasein eines bloßen Ablehnungsgrundes, durch diesen eine Gerichtsperson sich nicht abhalten lassen dürfe, die ihr obliegenden keinen Aufschub gestattenden Verrichtungen wahrzunehmen, ist einer von mir gegen den frühern Entwurf vorgebrachte Erinnerung [9]) Rechnung getragen.

Ueberall ist nur die Rede von der Ablehnung der, d. h. einzelner Gerichtspersonen, nicht eines ganzen Gerichtes oder Collegiums, auf welches selbstverständlich der Begriff der Unfähigkeit nicht angewendet werden kann. Man kann zugeben, daß das Bedürfniß einer besondern Vorschrift nicht vorliege, zumal wenn man davon ausgeht, daß ein Collegium als solches nicht, sondern nur in einzelnen seiner Mitglieder, bei denen allein die Gründe zutreffen, abgelehnt werden könne. Kommt es dann mittelbar dazu, daß dieses Collegium nicht in Thätigkeit in dieser Sache treten kann, so muß auf geordnetem Wege ein Ersatz bewirkt werden. Indessen haben andere Gesetzgebungen, z. B. die Badische, § 31 den Fall der Ablehnung eines ganzen Gerichtshofes vorgesehen, ja § 33 sogar die Unfähigkeit, doch sieht man, daß sich dies auf das soeben von mir Bemerkte zurückführen läßt. So auch der Württemberg'sche Entw. v. J. 1863, welcher Art. 63 mit 61 jene Auffassung, bez. den zu ergreifenden Ausweg bestätigt [10]). Der Oesterreichische Entw. v. J. 1864 behandelt § 70 noch besonders den Fall der Ablehnung eines ganzen Gerichts oder des Vorstehers desselben. Es mag sich, zur Vermeidung von Zweifeln, eine solche Bestimmung empfehlen; unerläßlich scheint sie mir nicht. S. Motive zu § 48.

Zur Ablehnung befugt werden § 27 nur die Staatsanwalt-

---

[9]) A. a. O., S. 40. Den oben angeführten neuen Strafproceß-Ordnungen und Entwürfen ist jetzt die Note 4 angef. Darmstädtische beizuzählen, welche aber der Lehre die Stelle, wie unser früherer Entwurf in dem sechsten Titel (Art. 69) anweist. A. a. O., S. 41.

[10]) Jetzt auch Hessen-Darmstadt. Art. 76.

schaft und der Beschuldigte genannt. Daß auch der Vertheidiger des letztern nicht ausgeschlossen sei, muß vorausgesetzt werden. Dagegen ist des Privatklägers nicht gedacht, worauf ich schon früher einen Antrag gegründet hatte [11]). Mag auch durch den jetzigen § 518 sich das Bedenken erledigen, welches ich geglaubt hatte, gegen die Fassung des § 490 des frühern Entwurfs erheben zu sollen, indem es heißt: „Alle Rechte, welche das Gesetz dem Beschuldigten und dem Vertheidiger desselben in Bezug auf das strafgerichtliche Verfahren einräumt, stehen in gleichem Maße auch dem Privatkläger und dem Vertreter desselben zu —" — ganz unzweifelhaft ist es nicht — so scheint doch da, wo überhaupt von der Ablehnung richterlicher Personen die Rede ist, wo also, wenn ich so sagen darf, der objective Gesichtspunkt der richterlichen Fähigkeit und Zulässigkeit der hervortretende ist, auch die Stelle zu sein, wo der Ablehnung, durch eine Privatperson, überhaupt also durch wen es sei, gedacht, oder mindestens auf die spätere Vorschrift hingewiesen werden sollte.

Vierter Titel.

Von der Staatsanwaltschaft und der gerichtlichen Polizei.

Es ist hier, und wie ich bereits erinnert hatte, zusammengefaßt, was früher in zwei Titel getrennt war [12]).

Die durch Erfahrung bewährte gerichtliche Polizei in dem Gebiete des Rheinischen Rechtes ist hier allgemein angenommen und damit gegen das frühere Recht eine Erweiterung und im Interesse der strafrechtlichen Verfolgung ein Fortschritt gemacht worden. Doch wird es, je nach den sich hier behauptenden politischen Gesichtspunkten, nicht an Entgegnungen fehlen. In noch höherem Grade wird dies in Betreff der Stellung und der Befugnisse der Staatsanwaltschaft der Fall sein, die noch immer der Gegenstand lebhaften Streites und der Verhandlungen ist. Je nach

---

11) Meine angef. kritische Betrachtung, S. 42.

12) A. a. O., S. 30.

dem Ergebnisse wird der ganze Organismus des Verfahrens mehr oder minder berührt. Die hier getroffenen, im Ganzen von den übereinstimmend angenommenen Grundsätzen nicht abweichend, scheinen angemessen, wenn man einmal den Strafprozeß auf der bestehenden, im Wesentlichen dem rheinischen (bez. französischen) Recht entlehnten Grundlage beibehält. Allerdings werden dadurch einzelne und durchgreifende Verbesserungen nicht ausgeschlossen, vielmehr recht eigentlich gefordert, wo die Mängel des Vorbildes genügend erkannt sind. Ich wage nicht, bei Anerkennung der festgestellten Grundlage, Vorschläge zu machen, die viel weitgreifender sein müssen, als das, was den gegenwärtigen Titel betrifft.

Mehrere Bemerkungen, welche ich zu dem früheren Entwurf gemacht hatte, finde ich berücksichtigt [13]; in Betreff einiger, wo dies nicht geschehen, habe ich, lediglich das Interesse der Gerechtigkeit wahrnehmend, keine Veranlassung zur Aenderung meiner vorgetragenen Ansichten [14].

Fünfter Titel.

Von der örtlichen Zuständigkeit der Gerichte und der Staatsanwaltschaft.

Die hier als örtlich bezeichnete Zuständigkeit hat ihren Gegensatz an der in dem folgenden Titel geregelten sachlichen Zuständigkeit. Die in der Natur der Sache und in dem Organismus der Gerichte, sowie des Verfahrens nach der Beschaffenheit der strafbaren Handlungen begründete Unterscheidung ist passend.

Die Bestimmungen des bisherigen Rechtes, welche sich den auch sonst angenommenen anschließen, sind beibehalten; in der Fassung ist Einzelnes abgeändert und verbessert. Doch dürfte in § 46 der zweite Absatz, unbeschadet der als begründet anzusehenden Vorschrift, durch eine andere die Competenz des Gerichts mehr betonende Redaction gewinnen.

---

[13]) Unter andern über die Anordnung der Bestimmungen in den einzelnen §§. A. a. O., S. 21.

[14]) A. a. O., S. 23 fg.

In § 47 scheinen die Worte: „kann nie auf einen der anderen Gerichtsstände übergehen" einer Undeutlichkeit Raum zu geben. Schon überhaupt sollte hier nicht blos von dem „übergehen" die Rede sein, wo es sich, in Folge eines (doch wohl durch den Staatsanwalt veranlaßten) Beschlusses von der Abgabe oder Uebertragung an das andere Gericht und von der Uebernahme durch dieses handelt. Auch dürfte mit Rücksicht auf § 2 und den ganzen vierten Titel die das Verfahren herbeiführende Thätigkeit der Staatsanwaltschaft mehr hervorgehoben werden. Zwar ist dies § 47, Absatz 1 geschehen: wo nur, statt der abstracten Erklärung, „bei welchem (nämlich Gerichte) — die Staatsanwaltschaft — zuerst bewirkt hat", die erforderliche concrete und praktische Bestimmung zu empfehlen wäre, daß es eben der für dieses Gericht zuständige Staatsanwalt sei (§ 53), von dem Antrag ausgeht. Nur wenn man den Ober-Staatsanwalt meint, ist die jetzige Bestimmung eher zu verstehen und das, was in der Note von der „nicht einzubüßenden freien Hand der Staatsanwaltschaft" gesagt wird. Der in Absatz 2 erwähnte „gerichtliche Beschluß", auf Grund dessen die Sache auf einen andern Gerichtsstand übergehen kann, würde, wie anzunehmen ist, von dem Gerichte zu fassen sein, bei welchem die Sache anhängig ist, nicht von dem, an welches dieselbe erst gelangen soll, obschon dem letztern unbenommen bleiben muß, seine eigne Zuständigkeit zu prüfen. Dies folgt, wenn auch nicht unbedingt, da eine andere Auslegung damit nicht unvereinbar ist, wohl aus dem Vorausgeschickten: „So lange eine Erkenntniß erster Instanz nicht ergangen ist." Indessen ist dies nicht die Meinung; vielmehr enthält § 49 die Bestimmung, welche freilich jeden Zweifel ausschließt, daß die Anklagekammer des Appell.-Gerichts bez. das Ober-Tribunal die Beschlüsse fassen soll. Hier würde eine Bezugnahme in § 47 zu bevorworten sein.

Den Inhalt der durch Rücksichten verschiedener Art sich empfehlenden Bestimmung selbst will ich nicht anfechten. Doch möchte ich statt „Erkenntniß — nicht ergangen", es vorziehen zu sagen: so lange die Sache nicht zur gerichtlichen Verhandlung (oder Hauptverhandlung) gekommen ist. Denn da jetzt, von einigen seltenen Ausnahmen abgesehen, das Erkenntniß sofort nach der Verhandlung und in unmittelbarem Anschlusse an dieselbe (§ 270) ausgesprochen wird, so macht es nicht mehr, wie in dem früheren

Verfahren, einen so äußerlich hervortretenden Abschnitt [15]). Gewiß ist der Sinn nicht der, daß nach bereits angeordneter und begonnener Verhandlung, und überhaupt selbst wenn sie geschlossen, aber noch nicht das Urtheil gefällt wäre, es gestattet sein soll, die Sache an ein anderes Gericht abzugeben. Sollte die entgegengesetzte Ansicht die richtige sein, und es lassen sich Fälle denken, wo erst in der Verhandlung die Gestaltung der Sache so hervortritt, daß eine andere Competenz zur Sprache kommen könnte, so müßte dies meines Erachtens ausdrücklich gesagt werden. Uebrigens wird es sich dann, wo die Aussetzung oder Vertagung die erste Folge ist, meist noch um mehr der Erörterung Bedürftiges handeln, als die in diesem § erwähnte Rücksicht. Es bedarf nicht des Vorbehalts, daß ich damit nicht eine verspätete und in diesem Stadium nicht mehr zulässige Einrede der Incompetenz meine, die ohnehin unter einen andern Gesichtspunkt fällt (§ 50). Denn der § 47 setzt voraus, daß der Gerichtsstand bei mehreren Gerichten begründet sei.

Daß in diesem Titel der Connexität nicht gedacht ist, worin eine der mehreren Abweichungen von dem vorigen Entwurf besteht, halte ich, mit Rücksicht auf das zu Titel VII zu Bemerkende, für beifallswerth.

Sechster Titel.

Von der Regelung der sachlichen Zuständigkeit der Polizeirichter, Strafkammern und Schwurgerichtshöfe.

Im Wesentlichen sind, wie die „Vorbemerkung" sagt, die Bestimmungen des Gesetzes v. 3. Mai 1852 § 6—10 beibehalten worden. Sie empfehlen sich ebenso durch Einfachheit als durch Zweckmäßigkeit. Als Grundlage ist die vorausgegangene Bestimmung der örtlichen Zuständigkeit anzusehen. Nunmehr handelt

[15]) So ist denn auch, in angemessener Abweichung von den auf den früher befolgten Grundsätzen beruhenden Gesetzgebungen, nicht (wie z. B. in der Criminal-Ordnung, Tit. 11, § 469) von den Erkenntnissen in eigenen Titeln gehandelt, sondern das Erforderliche in Verbindung mit der Hauptverhandlung vorgetragen. S. jetzt Tit. XII, Abschnitt 2, § 270.

es sich darum, ob eine Uebertretung, ein Vergehen oder Verbrechen vorliege, mit andern Worten, ob ein Fall vor den Polizeirichter, die Strafkammer oder den Schwurgerichtshof gehöre, also um die Zuständigkeit in der andern oben erwähnten Bedeutung. Daß bei einem Zweifel, der sich erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens dahin erledigt, es sei ein anderes Gericht (bez. eine andere Abtheilung oder ein Einzelrichter derselben örtlich bestimmten Criminal-Behörde) sachlich competent, eine Unzuständigkeits-Erklärung nur dann erfolgen kann, wenn sich findet, daß die Sache die Competenz der in Thätigkeit getretenen Behörde überschreitet, „niemals aber aus dem Grunde, weil die Sache vor ein Gericht geringerer Zuständigkeit gehöre", und Alles, was sonst hier für das weitere Verfahren angeordnet wurde, verdient Beifall.

Auch die besondere Bestimmung über den Fall, wo ein Polizeirichter seine Incompetenz erklärt, weil die Sache vor das Schwurgericht gehöre, ist gerechtfertigt. In der That würde „es eine Abnormität sein, auf Grund der Entscheidung eines Einzelrichters das schwurgerichtliche Verfahren eintreten zu lassen." (Motive zu diesem Titel: § 56, Abs. 3 mit § 91, Abs. 2.)

Da übrigens Alles so geordnet ist, daß der Beschuldigte nicht der Gefahr ausgesetzt ist, einer schwereren Verübung wegen in Anspruch genommen zu werden, vielmehr, selbst die Rechtsfeststellung durch das Obertribunal, jenem niemals zum Nachtheile gereichen kann, so läßt sich wohl so wenig dagegen etwas erinnern, daß die dieser Entscheidung beigelegte maßgebende Wirkung für das als competent erklärte Gericht auch in den Fällen eintreten soll, wo derartige Beschlüsse, ohne vorgängige Anhörung des Beschuldigten, erlassen sind, als dagegen, daß hier überall, außer der dem Staatsanwalt zustehenden Nichtigkeitsbeschwerde, kein Rechtsmittel Platz greift.

Siebenter Titel.

Von der Behandlung zusammenhängender Strafsachen.

Es ist bereits zu Tit. V a. E. erinnert worden, wie es angemessen sei, den Gegenstand, welcher hier vorgesehen wird, nicht unter den Gesichtspunkt der Competenz, nach der gangbaren Auf-

fassung des sog. forum connexitatis zu stellen, sondern nach der Seite, der durch Rücksichten der Zweckmäßigkeit gebotenen, oder wenigstens sich empfehlenden ungetrennten **Behandlung** der sog. zusammenhängenden Sachen[16]). Die Bezeichnung ist nicht ganz zutreffend; aber wir haben keine andere, welche besser und zugleich ohne größere Weitläufigkeit ausdrückt, wovon die Rede ist. In der That ist unter mehreren von demselben Individuum verübten oder ihm Schuld gegebenen strafbaren Handlungen deshalb allein noch nicht Zusammenhang oder Verbindung, weil es sich um denselben Beschuldigten handelt. Es kann dies z. B. bei gewissen Fällen der Concurrenz so sein, aber auf diese beschränken sich nicht die Bestimmungen des gegenwärtigen Titels. Und wiederum, wenn bei derselben strafbaren Handlung, oder der Herbeiführung eines strafbaren Erfolges, mehrere Personen als Theilnehmer gleicher oder verschiedener Art beschuldigt werden, so ist dieses, streng genommen, doch nur **ein** Verbrechen, **eine** Strafsache, nicht ein Zusammenhang mehrerer, wenn man nicht, was allerdings sprachlich und logisch nicht unrichtig ist, in Betreff jedes einzelnen Betheiligten von einer eigenen Strafsache sprechen will. (§ 57.)

Diese nun bei der Untersuchung und Entscheidung zu vereinigen, selbst ohne Rücksicht auf eine sonst begründete, verschiedene örtliche Competenz (§ 58) und auf die sachliche (bei der dann die Rücksicht auf die schwerste Kategorie entscheidet), ist nicht nur durch Gründe der Zweckmäßigkeit gerathen, sondern in der Regel und namentlich in dem Falle der Betheiligung Mehrerer an einem Verbrechen (§ 57, Nr. 2) durch die Gerechtigkeit geboten. Denn bei einer abgesonderten Erörterung, vollends vor verschiedenen Gerichten, würde es kaum möglich sein, den gemeinschaftlichen Thatbestand und sodann den Grad der Schuld jedes Einzelnen je nach seiner Betheiligung und seinem Verhältniß zu den Andern auf gerechte Weise so herzustellen, daß ein den Forderungen des Rechts entsprechendes Erkenntniß (oder eine Reihe einzelner Erkenntnisse) gefällt werden könnte.

Was § 60—62 angeordnet wird, gibt zu keiner Erinnerung Anlaß. Auch die Vereinigung aus andern und bloßen Zweckmäßigkeitsgründen, wo die Voraussetzungen des § 57 nicht vorliegen, mag ebenso wie die hier wohl motivirte Bestimmung gebilligt werden,

[16]) Meine kritische Beleuchtung, S. 36.

daß hier nicht das Ermessen der Staatsanwaltschaft entscheidet, sondern eine ausdrückliche richterliche Anordnung gefordert wird; (§ 63) immer mit der Maßgabe, daß die allgemeinen Regeln über die örtliche Zuständigkeit nicht verletzt werden.

Eine Bestimmung, wie sie z. B. die Badische Straf-Pr.-O. § 16 in Betreff derjenigen von Amtswegen zu verfolgenden Verbrechen enthält, welche der bei einem Gerichte zur Untersuchung Gezogene erst während der Untersuchung in einem andern Gerichtsbezirke verübt hat, wo gleichfalls unter näher angegebenen Bedingungen eine Erweiterung der Zuständigkeit dieses ersten Gerichts eintritt, hat unser Entwurf nicht aufgenommen. Es muß dabei ein Fall gedacht werden, wo der Thäter auf freiem Fuße prozessirt, freilich wäre auch möglich, daß er aus der Haft entwichen sei, und nun sich eines neuen Verbrechens schuldig gemacht hätte, oder daß eine, immerhin ohne Verirrung in das Gebiet der Casuistik anzunehmende Betheiligung auch eines Verhafteten z. B. mittelst intellectueller Urheberschaft in Frage stände, wo dann, wie überhaupt bei ferneren Begangenschaften, nicht überall die Voraussetzung gegeben ist, es seien diese in einem fremden Sprengel vorgekommen. Es scheint auch eine solche Bestimmung, die ohnehin wieder ihre Beschränkung durch die sachliche Competenz, so wie durch besondere Umstände erleidet, nicht gerade nothwendig. Dem Ermessen der Staatsanwaltschaft: Anträge zu stellen, wird die gebührende Freiheit gewiß auch für solche Fälle gestattet, die nicht gerade unter § 57, Nr. 1, sondern vielmehr § 63 gehören.

Die §§ 64 und 65 über Wiederaufhebung der Vereinigung des Verfahrens, und des Beruhenlassens desselben hinsichtlich einzelner Straffälle, unter den daselbst angegebenen Modalitäten, erscheinen durchaus wohl begründet.

Achter Titel.

Von dem Gange des dem Hauptverfahren vorausgehenden Verfahrens.

Im Verhältniß zu dem Entwurfe v. J. 1851, welcher, wie die meisten neueren Strafprozeß-Ordnungen, lediglich eine Nebenein-

anderstellung von einzelnen Titeln enthält, gegen welche sich vom Standpunkt des Systems doch einige Einwendungen erheben lassen und von denen nur der Oesterr. Entwurf v. J. 1862 und 1864 durch genauere Unterscheidung, Entgegensetzung und Zusammenstellung in den Unterabtheilungen eine, wie ich glaube, ihn vortheilhaft auszeichnende Ausnahme macht, findet sich in dem jetzt vorliegenden ein anzuerkennender Fortschritt.

Dieser Titel, so wie der folgende, welcher von den einzelnen Maßregeln der Untersuchung handelt (desgleichen mehreren anderen nachher zu berücksichtigenden), zerfällt in mehrere Abschnitte. Dadurch wird ein bestimmterer Einblick in den Organismus des Verfahrens ermöglicht. Ich habe bereits bemerkt, daß die strengen Forderungen des Systems bei einer wissenschaftlichen Darstellung — welche der individuellen Ansicht immer noch Raum genug lassen, nicht an ein Gesetzbuch gemacht werden dürfen. Es mag sogar rathsamer sein, um andern hier zu beachtenden Ansprüchen genügen zu können — formelle Schranken fern zu halten, und vor Allem den hieraus möglicherweise hervorgehenden Mißdeutungen zu begegnen. Allein daraus folgt nicht, daß gänzlich auf das System — welches eine innere und in der Sache selbst liegende Nothwendigkeit hat, Verzicht geleistet werden müsse, und daß es einen Vorwurf gegen eine legislative Arbeit rechtfertige, wenn sie neben ihrer Haupt-Aufgabe, sich auch in der Weise der Anordnung und der Darstellung jenen damit nicht in Widerspruch stehenden Forderungen entsprechend, erzeigt. Ist es angemessen, daß der leitende Gedanke und der durch diesen bestimmte Gang des Verfahrens jedenfalls erkennbar sei, so mag es auch gebilligt werden, wenn ein wahrnehmbarer Ausdruck nicht vermißt wird. Die Stellung, die einer Vorschrift im Gesetzbuche angewiesen wird, ist nicht gleichgültig; sie kann zuweilen ein wichtiges Moment für die Auslegung, die Beschränkung oder allgemeine Geltung sein. Nur ist dafür zu sorgen, daß unrichtigen aus der Stellung hergeleiteten Folgerungen begegnet werde. Es hat die nicht seltene Schwierigkeit, dies vollständig zu erreichen, vornehmlich mitgewirkt, die Rücksichten des Systems mehr als gutzuheißen ist, bei Seite zu setzen. Wenn ich gegen den frühern Entwurf erklärt hatte, man könne, ohne den Vorwurf zu künstlicher Systematisirung, die Titel anders und natürlicher ordnen[17]),

---

[17]) A. a. O., S. 47.

so freue ich mich, auch in dieser Hinsicht Zustimmung gefunden zu haben.

Nach dieser Vorbemerkung richte ich die Betrachtung auf den unmittelbar jener Haupt-Rubrik folgenden

Erster Abschnitt.

Von der Anzeige strafbarer Handlungen und von dem Ermittlungs-Verfahren.

Es könnte, was hier unter Beibehaltung der schon bisher in Geltung gewesenen gesetzlichen Bestimmungen und dessen, was die Natur der Sache fordert und die Erfahrung bewährt hat, angeordnet wird, auch da seine Stelle finden, wo von der Thätigkeit der Staatsanwaltschaft und der gerichtlichen Polizei, den Befugnissen und Pflichten derselben, gehandelt wird [18]). Indessen scheint es passend für die Uebersicht des Ganges des Verfahrens, hier die Veranlassung desselben und die ersten Schritte zu bezeichnen. Der Inhalt dieses Abschnittes wird kaum einen Widerspruch erfahren, man müßte denn wieder in ungerechtfertigtem Mißtrauen eine zu weit ausgedehnte Befugniß der Staatsanwaltschaft und der gerichtlichen Polizei besorgen. Allein für die ersten vorbereitenden Schritte, wo es also darauf ankommt, mit Geistesgegenwart und Besonnenheit rasch vorzugehen, lassen sich ins Einzelne ausgeführte Vorschriften nicht aufstellen, und es ist daher auch hier die Ausführlichkeit der Crim.-O. verlassen, deren Vorschriften, so weit sie mit den jetzt angenommenen Grundsätzen vereinbar sind, zur Zeit noch bestehen und auch ferner, ohne die formelle Bestätigung, so weit in Betracht kommen dürften, als es der gerechte Zweck, und zu diesem gebotene Klugheit gestatten. Hier ist überall nur von vorläufigen Ermittelungen, der Feststellung dessen, was die Grundlage des weitern Verfahrens bietet, und der Sicherung der Bedingungen desselben, die Rede. Man darf der rechtlichen Gesinnung und dem feinen Takte, welcher hier, und mit Berücksichtigung der Eigenthümlichkeit des Falles, der Persönlichkeiten 2c. wie überhaupt leiten müssen, auch da vertrauen, wo nicht sofort der Richter in Thätigkeit gesetzt werden kann oder soll. Außerdem liegt in des letztern Mit-

---

[18]) A. a. O., S. 43.

wirkung und bez. Erledigung der gestellten Anträge eine Gewähr, die nur in seltenen dringlichen Fällen (§ 69 und Motive) nicht sogleich herbeigeführt werden kann. In dieser Hinsicht darf als sich verstehend angenommen werden, daß, was von Befugnissen gesagt wird, auch bez. als Pflicht gelte; doch möchte ich wenigstens bei der Bestimmung des § 70 a. E. an die Stelle des Wortes „kann" (nämlich den Richter — ersuchen) — gesetzt wissen: „muß" oder „hat sie zu ersuchen". Denn es ist ausdrücklich die Rede von gerichtlichen Handlungen, welche die Staatsanwaltschaft für „erforderlich" hält; dann aber müssen sie stattfinden und es ist Pflicht, sie zu veranlassen.

Zweiter Abschnitt.

Von der Voruntersuchung.

Von besonderer Wichtigkeit sind insbesondere für die schweren Fälle, in welchen die Voruntersuchung nothwendig ist — die Bestimmungen über den Zweck, Umfang und die Grenzen derselben. Der Entwurf behält die fast allgemein angenommene Regel bei, daß in polizei-gerichtlichen Fällen niemals, in Schwurgerichtsfällen immer eine Voruntersuchung vorausgehen soll, in den in der Mitte stehenden Fällen, welche vor die Strafkammer oder Abtheilung gehören, eine solche, wo sie die Staatsanwaltschaft aus besondern Gründen als nöthig erachtet, stattfinden dürfe. Damit, und indem bez. so weit das Ermittelungs-Verfahren in den meisten und einfachen oder leichtern Fällen eine weitere Vorbereitung zur Hauptverhandlung entbehrlich macht, kann man sich einverstanden erklären. Ebenso daß in Schwurgerichtsfällen die Voruntersuchung als unerläßlich angeordnet und nicht lediglich von dem Ermessen der Staatsanwaltschaft abhängig gemacht wird. In den Motiven (zu § 73) ist dies gut, und die Forderung einer erhöhten Garantie für den Angeschuldigten auch dadurch begründet worden, daß sie nicht durch die Natur der diesem zur Last gelegten Handlungen, sondern durch die Eigenthümlichkeiten des schwurgerichtlichen Verfahrens bedingt wird", welches allerdings selbst durch die Handlung und die höhere Strafe bestimmt ist. Damit rechtfertigt sich auch die Anwendung des § 73, ohne Unterschied, ob die Verweisung

wegen eines Verbrechens oder (im Falle der Connexität) wegen einer andern strafbaren Handlung erfolgt, wie dies auch jetzt gilt, und also auch auf die § 94 erwähnte Voraussetzung.

Es ist nun der Zweck der Voruntersuchung der, eine Verhandlung herbeizuführen, welche ihrer Bestimmung, die Grundlage eines gerechten Urtheils zu erlangen, gehörig entspreche. Damit rechtfertigt sich insbesondere auch die Zulässigkeit der bedingten Nothwendigkeit derselben, für solche, sich nicht zur schwurgerichtlichen Verhandlung eignende Fälle, wo ein überwiegendes rechtliches Interesse dem andern gegenübersteht, nicht durch unnöthige den Beschuldigten selbst beschwerende Verzögerungen, das Hauptverfahren in die Ferne zu rücken. Nur, wo es nicht auf Kosten der Gerechtigkeit geschieht, ist der Beschleunigung eine selbstständige Rücksicht zu widmen [19]). Mit der Forderung der Voruntersuchung also zu jenem Zweck, verbindet sich nothwendig die andere der Gründlichkeit der letzteren. Ich verhehle nicht, daß es mir um so mehr zu einer besondern Genugthuung gereicht, jetzt alles das und was damit weiter in Verbindung steht, in unserm Entwurfe anerkannt, bestimmt ausgesprochen und (in Kürze) motivirt zu sehen, als gerade hier ein Fehler gut zu machen, oder einem schweren und bedenklichen Mißverständnisse zu begegnen war, zu dem ganz besonders die bisherigen Preußischen Vorschriften Veranlassung und für entgegengesetzte Ausführungen den Ausgangspunkt geboten haben. Dies ist aber um so wichtiger, als es sich bei der Forderung einer gründlichen und somit möglichst erschöpfenden Voruntersuchung durchaus nicht ausschließend von einer Richtung gegen den Beschuldigten, sondern ebenso sehr von seiner Vertheidigung und der Wahrnehmung seines rechtlichen Interesses — mit einem Worte — um die Gerechtigkeit handelt.

Das bisherige Recht stellt, vielleicht ohne daß man sich der Folgen überall deutlich bewußt war, Beschränkungen auf, die nur scheinbar zu Gunsten des Beschuldigten, gewiß aber oft zu dessen Nachtheil, noch öfter überhaupt zum Nachtheil der Sache und der Hauptverhandlung gereichen müßten, wenn man sie überall wörtlich befolgen hätte können und wollen.

Unsere V. v. 3. Jan. 1849 sagt § 44:

„Der Zweck der Voruntersuchung ist: die Existenz und Natur

---

[19]) A. a. O., S. 97.

des angezeigten Verbrechens, sowie die Person des Thäters und die zu seiner Ueberführung dienenden Beweismittel so weit zu erforschen und festzustellen, als dies zu Begründung einer Anklage und zur Vorbereitung der mündlichen Hauptuntersuchung erforderlich erscheint.

Der Untersuchungsrichter hat daher seine Nachforschungen nicht weiter auszudehnen, als dieser Zweck es nothwendig macht."

Ob eine richtige Erklärung dieser Vorschrift nicht zu andern Folgerungen führe, als welche man an dieselbe häufig geknüpft hat, bedarf hier nicht der Erörterung. Thatsache ist es, daß man die engste Auslegung im Sinne des Schlußsatzes — der die Beschränkung deutlich ausspricht — für die richtige genommen hat, und selbst die Hinweisung auf die Vorbereitung der mündlichen Hauptuntersuchung (besser Verhandlung) reicht nicht hin, den Mißverständnissen zu begegnen, da die Erforschung und Feststellung der zur Ueberführung dienenden Beweismittel nicht zusammenfällt mit derjenigen der Beweisgründe, welche sich aus der Benutzung der Beweismittel ergeben.

Wenn die am Schluß ausgesprochene, weder nöthige noch nach der Bestimmung eines gehörigen Verfahrens gerechtfertigte Beschränkung, nicht noch mehr Uebel gestiftet hat, als sie befürchten läßt und herbeizuführen geeignet ist, so liegt der Grund einerseits darin, daß unsere Untersuchungsrichter im Zweifel doch in der Sorgfalt und Gründlichkeit lieber etwas weiter gegangen sind, als jener nächste Zweck gebietet und mit vollem Recht sich auch wohl weiter gehende Nachforschungen erlaubten, wo sich zu solchen Gelegenheit fand; andererseits und vornehmlich darin, daß sich doch nur in seltenen Fällen eine bestimmte Grenze ziehen läßt zwischen den Erfordernissen der Versetzung in den Anklagestand, oder der Begründung der Anklage und dann ihrer Durchführung in der Hauptverhandlung. Meist wird selbst ohne die Absicht, jene Grenze zu überschreiten, der Zusammenhang und das Ergebniß der Untersuchungshandlungen auch das liefern, was in der mündlichen Hauptverhandlung, nur in anderer Form und Weise vorkommt, oder, wo dies nicht erlangt wird, doch so erschöpfend sein, daß erheblich Neues später nicht vorkommt. Man würde sonst, während die Gefahr vorliegt, Jemand ohne genügenden Grund schuldig zu finden, die allerdings um so geringer ist, je häufiger, bei nicht gehö-

rig geführter Voruntersuchung, das Nichtschuldig-Plaidiren selbst solcher ist, die früher ein Geständniß abgelegt hatten, noch mehr, als es bereits der Fall ist, Freisprechungen wahrnehmen, die nach Lage der Sache gerechtfertigt, nicht hätte erfolgen können, wenn die Voruntersuchung ohne Beobachtung solcher ängstlicher Beschränkung veranstaltet worden wäre. Und bei wirklich ganz unerwartet zur Sprache kommenden neuen Thatsachen und der Berufung auf nicht vorbereitete Beweise wird eine Vertagung und neue Untersuchung nicht wohl verweigert werden können.

Während aber solche Beschränkungen, wie sie auch, wenngleich nicht überall ebenso, wie in Preußen gesetzlich ausgesprochen sind, dann aber in der Praxis und auf Grund derselben, unter Berufung auf das Gesetz auch von den Commentatoren als geltend vertheidigt werden, hat man sie noch von einem andern und höheren Gesichtspunkte aus, als durch die Natur des gegenwärtigen Verfahrens geboten, darzustellen gesucht.

Und scheinbar mit gutem Grund. Der sog. Schwerpunkt des Verfahrens liegt jetzt in der öffentlich mündlichen Hauptverhandlung. Die Voruntersuchung soll diese vorbereiten, aber nicht für sich mit ihren Ergebnissen in Betracht kommen und auf das Urtheil Einfluß ausüben. Dies ist zuzugeben. Nun fürchtet man aber entweder jenen Einfluß, oder man erklärt es für einen Mißstand, daß die Hauptverhandlung nur Wiederholung oder Reproduction dessen sei, was die Voruntersuchung herausgestellt habe, und somit, als leere Formalität, überflüssig. So ist es aber nicht. Dafür, daß von den Ergebnissen der Voruntersuchung — die doch nicht ohne dem Zweck des Verfahrens und der Gerechtigkeit zu dienen angeordnet sein würde — kein anderer Gebrauch gemacht werde, als ein solcher, der den Grundsatz der Unmittelbarkeit in dem öffentlich mündlichen Verfahren unbeeinträchtigt in seiner vollen Geltung bestehen läßt, muß durch die gesetzlichen Vorschriften gesorgt sein. Darauf werden wir später kommen. Was aber jene Wiederholung betrifft, so beruht die Auffassung auf einem Irrthume. So wie es einmal in vielen Fällen auch bei Innehaltung jener Schranken nicht vermieden werden kann, daß in der Hauptverhandlung nichts Neues, sondern eben nur das, was schon die Voruntersuchung herausgestellt hatte, vorkommt, so ist es auch für Andere in keiner Hinsicht, am wenigsten für die gründlich vorbereitete Sache und für die Betheiligten, ein Schaden, wenn eben nur eine Wiederholung

stattfindet. Wo es sich um Gerechtigkeit, um die Ermittelung der Wahrheit handelt, müssen alle andern Rücksichten, vollends die einer Forderung an das Verfahren weichen, welche mit dessen Bestimmung im Widerspruch stehen. Und, was hier nicht unbemerkt bleiben darf, es ist keine Wiederholung, wenn auch die erschöpfende Gründlichkeit der Voruntersuchung für das Hauptverfahren keinen Stoff zu Neuem, oder sobald solches z. B. durch unbegründeten Widerruf, durch Vorbringen angeblich neuer Umstände versucht wird, sofort den Stoff zur Widerlegung, jedenfalls zur bessern Feststellung der Wahrheit bietet. Denn erstens geht die Hauptverhandlung vor andern Richtern, vor den Geschworenen und in Anwesenheit des Publicums vor sich, und für diese ist nichts eine Wiederholung; sie ist ferner keine leere Formalität, weil, ohnerachtet jener Vorbereitung, doch jetzt erst alles das in gesetzlicher Weise zur Verhandlung kommt, in der Aufnahme der Beweise und insbesondere in den Anträgen und Ausführungen der Betheiligten, in dem contradictorischen Verfahren; so wie endlich, weil, was in der Voruntersuchung in einer Reihe einzelner gerichtlicher und sonstiger Handlungen der Zeit nach getrennt und in den Acten zerstreut sich findet, nunmehr in übersichtlicher Weise zusammengefaßt und auf die nothwendige Einheit der Handlung und des Urtheils überdies nach der Seite der Mitwirkung der Geschworenen und derjenigen des Richteramts zurückgeführt wird — eine Einheit, die allerdings auch in dem frühern Stadium des Verfahrens ins Auge gefaßt werden muß, die aber so, wie in der Hauptverhandlung, nirgends hervortritt. Das ist jedenfalls mehr, als bloße Wiederholung und so wenig lediglich Form, als es das Wesen der Unmittelbarkeit der Verhandlung gefährdet.

Unser Entwurf scheint mir nun das Richtige getroffen zu haben. Zwar könnte man in § 76 nur eine etwas anders gefaßte Aufnahme der frühern Bestimmung finden:

„Zweck der Voruntersuchung ist: die Grundlage dafür zu gewinnen, ob zur Hauptverhandlung zu schreiten oder die weitere Verfolgung einzustellen sei. Zu diesem Behufe müssen nicht blos das Dasein und die Beschaffenheit der angezeigten strafbaren Handlung, sondern auch die wesentlichen für und wider den Angeschuldigten sprechenden Thatsachen und Beweismittel erforscht und festgestellt werden.“

Ja der frühere § 44 fordert scheinbar mehr, indem von den

zur Ueberführung dienenden Beweismitteln gesprochen wird. Indessen ist doch der Sinn auch in § 76 wenigstens eben so weit zu nehmen. Wichtiger ist § 75: „Der Gegenstand der Voruntersuchung wird durch den Antrag (§ 74) bestimmt; sie bewegt sich jedoch innerhalb dieser Begrenzung in dem ihr durch § 4 gegebenen Umfang.“ Dieser § 4 aber lautet:

„Gegenstand der Untersuchung und Entscheidung ist die That des Angeschuldigten, nicht blos von demjenigen Gesichtspunkte aus, unter welchen sie in der Anklage gebracht worden, sondern in ihrer wirklichen, im Laufe der Untersuchung ermittelten Beschaffenheit, auch wenn sich diese ihre Gestalt aus Thatsachen ergibt oder zusammensetzt, welche in der Anklage in anderem Zusammenhange oder gar nicht erwähnt sind. Fälle, wo die That sich als eine Gesetzesverletzung einer andern, selbst schwereren Gattung darstellt, sind nicht ausgeschlossen.“

Hiernach ist anzunehmen, daß die Untersuchung unter dem in § 75, Absatz 2 gemachten Vorbehalte, der Staatsanwaltschaft durch Vorlegung der Acten Gelegenheit zu einer andern Antragstellung zu geben, keinerlei, in Widerspruch mit der Aufgabe der Strafrechtspflege stehenden Beschränkungen unterworfen sein soll.

Ist diese meine Auffassung die richtige, so wie sie durch die Gerechtigkeit geboten wird, wenn nicht der Form das Wesen geopfert werden soll, so kann ich nur meine Zustimmung zu der Anerkennung der nothwendigen Forderung einer gründlichen Voruntersuchung erklären, welche auch die Rechte der Vertheidigung wahrnimmt. Ich habe — weil hierüber so verschiedene Ansichten herrschen — geglaubt, diesen wichtigen Punkt, den ich hier nicht in voller Ausführlichkeit wieder erörtere, in einer eigenen Abhandlung näher und nach allen Seiten einer Prüfung unterwerfen zu sollen [20]). Wäre, was ich nicht besorge, der Sinn der neuern Bestimmungen des Entwurfs nur der einer Bestätigung des bisherigen Rechts, so würde ich, das was ich hier und in jener Prüfung vorgelegt habe, als eine gegen die Vorschläge gerichtete Ausführung geltend zu machen genöthigt sein. Auch darf ich noch eine andere Ausfüh-

---

[20]) Meine Abhandlung: „Ueber die Nothwendigkeit und den Werth gründlicher Voruntersuchung im Strafverfahren mit Rücksicht auf die neuesten Entwürfe zu Strafprozeß-Ordnungen“, in der Oesterreichischen Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft, XIV, 1.

rung in Bezug nehmen, worin ich unter andern an einem wichtigen und schweren Criminalfalle gezeigt habe, wie durch die Gründlichkeit der Voruntersuchung einem Unrecht hätte vorgebeugt werden können, welches hier, zum Glück noch im Wege der Restitution, gut gemacht werden konnte[21]).

Unter allen Umständen aber muß ich mich gegen Inhalt und Fassung von § 76 Absatz 2 aussprechen:

„Der Angeschuldigte ist nicht berechtigt, den Handlungen der Voruntersuchung beizuwohnen; er soll aber, falls er nicht flüchtig ist, vernommen werden, und es müssen seine Ausführungen, in so weit sie für den Zweck der Voruntersuchung für erheblich zu erachten sind, berücksichtigt werden."

Bleiben wir zunächst hierbei stehen. Allerdings hat der Angeschuldigte in diesem Stadium des Verfahrens kein Recht, den Verhandlungen (d. h. den gerichtlichen und gerichtspolizeilichen Handlungen, den verschiedenen Schritten für die Gewinnung jener Grundlage 2c.) beizuwohnen. Seine Zuziehung, auch wo man seiner Person sich versichern kann, würde, wenigstens bei einigen dieser Handlungen, nur dazu dienen, den ganzen Zweck der Voruntersuchung zu vereiteln, sobald er ein Interesse hat, zu leugnen oder die Ermittelung der Wahrheit zu erschweren. Dadurch ist aber nicht ausgeschlossen, daß er bei gewissen Handlungen, wenn es möglich ist, zugezogen werde; es kann dies, was dem Interesse der Vertheidigung entspricht, von gutem Erfolg auch in anderer Hinsicht sein. So z. B. bei gerichtsärztlicher Untersuchung, bei Augenschein und Zergliederung, bei Haussuchungen, Beschlagnahme der Papiere 2c. Und wenn überhaupt der Vorschlag schon in der Voruntersuchung einen Vertheidiger zuzulassen Berücksichtigung verdient[22]), so wird jedenfalls es empfohlen werden dürfen, für gewisse Handlungen einem nöthigenfalls von Amtswegen zu bestellenden Vertheidiger die Anwesenheit zu gestatten.

Ferner aber, insbesondere in allen Fällen, wo der Angeschuldigte verhaftet werden muß, ist nicht nur das Verhör in größerer Betonung, als es hier geschehen, als eine nach allen Rücksichten gebotene Nothwendigkeit anzusehen, sondern es ist demselben auch ein weiterer Umfang, nach der oben aufgestellten Forderung und

---

[21]) Deutsche Gerichts-Zeitung für 1864, Nr. 31—43.

[22]) Kritische Betrachtung, S. 110.

im Zusammenhange mit der ganzen Aufgabe zu geben. Außerdem wird oft wenig Erfolg von der Hauptverhandlung zu erwarten sein. Die Praxis ist auch stets hier, möge es auch in theilweisem Anschluß an das frühere Untersuchungsverfahren geschehen sein, bestrebt gewesen, solchen Beschränkungen sich zu entziehen, die weder mit den Geboten der erlaubten Klugheit sich vereinigen lassen, noch durch die Gerechtigkeit bedingt sind.

Weiter heißt es: „Ist derselbe geständig, so kann von einer weitern Beweisaufnahme über seine Thäterschaft abgesehen werden; es bedarf jedoch auch in diesem Falle einer Feststellung der äußern Merkmale und Erscheinungen der That.“

Das genügt keineswegs. Hoffentlich wird, da wenigstens ein Verbot nicht ausgesprochen ist, der besonnene Untersuchungsrichter sich vergegenwärtigen, daß, wenn solches einfache „geständig“ wirklich hinreichen sollte, die weitere Beweisaufnahme über die Thäterschaft also unterbliebe, es leicht an Mitteln fehlen würde, einen Widerruf in der Hauptverhandlung zu entkräften und eine Ueberführung zu bewirken. Man wird vielmehr immer unter Festhaltung der sonstigen Grundsätze, wonach keinerlei Zwang zu einer Erklärung stattfinden und überhaupt dem Geständniß nicht ein so ausschließender Werth beigelegt werden darf, auch wenn der Schuldige geständig ist, doch für die vollständigste Begründung und Substantiirung des Bekenntnisses sorgen müssen[23]). Dafür läßt sich auch § 77 in Bezug nehmen, der dem Untersuchungsrichter zur Pflicht macht, nach eingeleiteter Voruntersuchung bis zur Erschöpfung ihres Zweckes alle erforderlichen Mittel von Amtswegen in Anwendung zu bringen: wenn man nur wieder diesen Zweck nicht in einer zu engen Bedeutung auffaßt, sondern den des gerechten Verfahrens überhaupt vor Augen hat.

Im Uebrigen beziehe ich mich auf die Ausführungen zu dem Entwurf v. J. 1851 und die daselbst erwähnten und geprüften Bestimmungen anderer Landesgesetzgebungen[24]), denen ich jetzt

---

[23]) S. meine Abhandlung: Die Bedeutung des Geständnisses in den verschiedenen Formen des strafrechtlichen Verfahrens, verglichen mit der des Geständnisses im bürgerlichen Prozesse“, in den Jahrbüchern für sächs. Strafrecht von Schwarze, Bd. VI, S. 97 und: „Die Bedeutung des Geständnisses im Strafverfahren, insbesondere in Betreff der Strafvollstreckung und des Besserungszweckes“, in der Sächs. Gerichts-Zeitung, 1865, Heft IV, Nr. XII.

[24]) Kritische Betrachtung, S. 98.

als besonders beachtenswerth hinzufüge: Baden § 65, weniger Württemberg Art. 240, dagegen Oesterreich § 95, 90; die neue Hessen-Darmstädt'sche Str.-Pr.-Ordn. Art. 241 schließt sich noch jetzt geltendem Preußischen Rechte an.

Dritter Abschnitt.

Von der Prüfung der Ergebnisse der Voruntersuchung und von der Eröffnung des Hauptverfahrens.

Durch Aufstellung dieser Rubrik ist eine von mir gemachte den Uebergang betreffende Erinnerung erledigt[25]). Das Nächste ist nämlich die Prüfung der Ergebnisse der Voruntersuchung, welche, während, wo eine solche nicht stattgefunden hat, die Eröffnung der Hauptverhandlung durch den zuständigen Richter unmittelbar erfolgen kann, dort aber durch die Raths- oder Anklage-Kammer angeordnet wird.

Bei der jetzt vorgeschlagenen Vereinfachung des Verfahrens bei der Versetzung in Anklagestand in Schwurgerichtssachen, daß der Vorbeschluß der Anklage-Kammer wegfällt, und an Stelle des Antrags auf Versetzung in den Anklagestand sogleich die Anklageschrift durch den Oberstaatsanwalt eingereicht wird, wird man der Motivirung beitreten müssen, daß eine weitere Abkürzung durch Ueberlassung der definitiven Beschlußfassung an die Rathskammer des Gerichts erster Instanz (wie sie in mehreren andern Entwürfen aufgenommen ist) sich nicht empfehle. Es ist richtig hervorgehoben, aus welchen Gründen diese Einrichtung, welche wesentlich von Einfluß auf den Schutz des Angeschuldigten ist, daß nämlich der Anklagesenat des Appellationsgerichts hierüber entscheide, den Vorzug verdiene.

Aber dies und was § 83 hiernach enthält, bestätigt die Forderung einer möglichst gründlichen Voruntersuchung, wo letztere überhaupt geboten ist. Auch § 84 enthält hiervon eine Anerkennung, indem jetzt noch der Staatsanwalt die ihm erforderlich scheinende Ergänzung der Voruntersuchung, unter Bezeichnung der „hierzu geeigneten Handlungen" beantragen kann. Auf das Wort:

---

[25]) a. a. O., S. 107.

„geeignet" wird man nicht zu viel Gewicht legen dürfen. In den meisten Fällen wird mit der Angabe dessen, was zur Ergänzung erforderlich scheint, auch die Handlung, Vernehmung einer gewissen Person, Begutachtung durch Sachverständige, Beaugenscheinigung ꝛc. wenigstens mittelbar bezeichnet sein. In andern mag es der Umsicht des Untersuchungsrichters überlassen bleiben, nach seiner Kenntniß der Lage der Sache zu bestimmen, auf welche Weise er glaubt, noch eine größere Vollständigkeit bewirken zu können. „Ist dieser abweichender Ansicht, so entscheidet die Rathskammer". Diese Vorschrift entbehrt der nöthigen Deutlichkeit. Sie könnte darauf bezogen werden, daß der Untersuchungsrichter die bezeichneten Handlungen nicht für geeignet hielte — er könnte dann entweder andere ihm geeignet erscheinende Handlungen zu gleichem Zweck vornehmen, was ihm wohl erlaubt sein muß, oder aus diesem Grunde dem Antrage widersprechen. Der Sinn kann aber auch der sein, daß er, ohne Rücksicht auf die Geeignetheit der Handlungen, den Antrag überhaupt für nicht begründet, und die Untersuchung, so weit es möglich war, für vollständig geführt erachtet.

Eine kleine Aenderung der Fassung wird hier abhelfen. Der Umstand allein, daß der Instructionsrichter sich einen besondern Erfolg nicht verspricht, dürfte ihn nicht berechtigen, dem Antrage entgegenzutreten. Man wird für die Praxis annehmen dürfen daß im Zweifel dem Antrage werde Folge geleistet werden, und daß, wo die Rathskammer angegangen wird, sie ohne überwiegende Gründe einen Antrag nicht zurückweisen werde, welcher durch Rücksicht auf die gründliche gerechte Erledigung der Sache so geboten wird, daß dagegen der unbedeutende Zeitaufwand und die unbeträchtliche Verlängerung der Voruntersuchung nicht geltend gemacht werden kann. Besser begegnet man einem solchen möglichen Uebelstande von vorn herein, durch möglichst erschöpfende Vorbereitung der Sache.

Der § 85 über „außer Verfolgung setzen": oder „Verweisung" dürfte an die Spitze mit § 84 gesetzt werden, worauf § 86 über Verweisung vor den Schwurgerichtshof, mit seinem weiteren Inhalte folgte — der § 82 nun erst seine Stelle erhalten, da hier schon von der Eröffnung des Hauptverfahrens die Rede ist, dem alles dies vorausgegangen sein muß. Ebenso würde § 89, wonach der beschließende Richter eine Ergänzung der Voruntersuchung, die er für nöthig erachtet, verordnen kann, nach § 84 zu setzen sein.

Auch die weitere Vereinfachung des Verfahrens dadurch, daß „der Verweisungsbeschluß des Appellationsgerichts eine Formulirung der Anschuldigung nicht zu enthalten braucht, sofern diejenige der Anklageschrift adoptirt und in Bezug genommen wird" (§ 95), sowie der Inhalt der §§ 93 2c. und was in Anschluß an den Entwurf v. J. 1851 hinsichtlich der sog. unmittelbaren Ladung verordnet wird, verdient Beifall. Namentlich erscheint § 95 ebenso gut gefaßt, als er kurz und gut in seinen drei Sätzen, durch die Bezugnahme auf die Fragstellung und thatsächliche Feststellung, auf die Wiederaufnahme der Untersuchung und auf die Einlegung von Rechtsmitteln motivirt ist.

Neunter Titel.

Von den einzelnen Maßregeln der Untersuchung.

Die Zusammenstellung der hier in sieben Abschnitten aufgestellten Bestimmungen, welche, „insoweit aus denselben nicht ein Anderes hervorgeht, auf das Hauptverfahren und das demselben vorausgehende Verfahren gleichmäßig Anwendung finden" (§ 99), ist schon oben gutgeheißen worden. In der Ueberschrift könnte das Wort „einzelnen" wegbleiben. Auch ist nicht Alles, was hier vorgeschrieben wird, Maßregel im engern Sinn, Manches, wie die Verhöre, die Einnahme des Augenscheins, Einholung eines Gutachtens der Sachverständigen, kann wenigstens nur in einer weitern und uneigentlichen Bedeutung so bezeichnet werden; Manches, wie die Aufrechthaltung der Ordnung bei dem Verfahren, fällt nicht nothwendig unter den Gesichtspunkt einer Maßregel der **Untersuchung**.

Erster Abschnitt.

Von der Aufsuchung und Beschlagnahme der Ueberführungsstücke und von andern Arten der Beschlagnahme.

Auch hier wäre gleich gegen die Ueberschrift etwas zu erinnern. Indeß darf man, bei der Schwierigkeit, in gedrängter Kürze Alles

erschöpfend zu bezeichnen, nicht zu streng in den Forderungen sein. Was vor Allem aufgesucht und dann, so fern es möglich ist, in Beschlag genommen werden muß, ist nicht überall ein Ueberführungsstück, und kann so wenig gleich anfangs als solches bezeichnet, als etwa, weil es für ein solches nicht gehalten wird, von der sonst gebotenen Beschlagnahme ausgeschlossen werden. Der § 100 verbessert dies, indem er von Sachen spricht, die dem Anscheine nach — wir wollen sagen: — „in irgend einer Verbindung mit dem Gegenstande der Untersuchung stehen." Sodann aber können solche Sachen oder Stücke ebenso zur Vertheidigung dienen und die Grundlage zu andern Schlüssen darbieten, als denen der Ueberführung. Gewiß müssen auch solche von dem Gericht beachtet, und je nach ihrer Beschaffenheit für den später nöthigen Gebrauch gesichert werden. Auch hier ist der Text: „für die Ermittelung der Wahrheit — von Bedeutung sein können" besser, denn auf die Wahrheit, welches auch deren besonderer Inhalt sei, kommt es an. Statt „Auffindung des Schuldigen" möchte ich vorschlagen: „Entdeckung (oder Ausfindigmachung) des Schuldigen." Denn es ist doch wohl nicht, oder nicht ausschließend hier gemeint, den Schuldigen, der sich etwa verborgen hält, aufzufinden — das wäre jedenfalls nicht ein Ueberführungsstück, sondern dasjenige, was dazu dient, den unbekannten Schuldigen zu entdecken, — oder auch nur den wahrscheinlich Schuldigen, gegen den ein gegründeter Verdacht entweder zur Zeit dieser Handlungen bereits besteht, oder jetzt und durch diese letzteren bewirkt wird. Das Gebiet dessen, was solchergestalt aufzusuchen und in vorsichtiger Weise zu benutzen ist, erstreckt sich aber weiter, als auf äußere Objecte, die in Beschlag und in gerichtlichen Gewahrsam genommen werden können (§ 113). — Auch das ist nicht ganz zu billigen, daß von der Aufsuchung, die hier regelmäßig das Erste ist (sofern nicht, wie bei Selbstanzeigen, Betretung auf frischer Zeit die Gegenstände sofort vorliegen oder dargeboten werden), in dem ganzen § 100 kein Wort gesagt, sondern gleich von der Beschlagnahme die Rede ist. Freilich wird in der Ueberschrift und in der Randrubrik die Aufsuchung erwähnt, und versteht sich, wo sie nöthig ist, von selbst. Im Uebrigen ist auf die andern Abschnitte, bei deren gegenseitiger Beziehung, zu verweisen. Die Grenze zwischen solchen zur Verwahrung geeigneten Sachen (res, quae servando servari possunt) und andern für die Ermittelung der Wahrheit gefundenen, auch materiellen Spuren,

die als vergängliche, oder durch die Zeit der Veränderung unterworfene, eine andere Art der Feststellung und Sicherung fordern, ist fein. Doch möge über den sonstigen Inhalt des Abschnittes, der sich rechtfertigt, nichts erinnert werden.

Der § 103 „Durchsuchungen am Körper einer Person sind ohne deren Zustimmung nur dann zulässig, wenn dieselbe der Verbergung von Ueberführungsstücken dringend verdächtig ist", scheint in mehrfacher Hinsicht ungenügend. So wie die Grenze zwischen Verdacht und dringendem Verdacht schwer zu ziehen ist, und es hier genügen, aber auch geboten sein dürfte, das Dasein eines gegründeten Verdachts gelten zu lassen, so handelt es sich, wie schon bemerkt, nicht blos von Ueberführungsstücken. Ferner — da wohl die körperliche Besichtigung, welche unter den Gesichtspunkt des Augenscheins, insbesondere mit Zuziehung von Sachverständigen fällt, z. B. bei Verletzungen, Schwangerschaft ꝛc. hier nicht gemeint ist, sondern davon die Rede ist, durch jene Handlung muthmaßlich verborgen gehaltene Gegenstände zu erlangen, so dürfte einmal eine Verweisung auf den andern Titel sich empfehlen, und dann die Zusammenfassung von zwei für jenen Zweck nothwendigen aber verschiedenen Maßregeln angedeutet werden, nämlich der Visitation der Bekleidung und dann der weiter gehenden am Körper, die allerdings mit Schonung nach mehreren Seiten hin, der Art, die zu besichtigenden und der besichtigenden Personen, vorzunehmen ist, aber (was freilich eben unter den andern Gesichtspunkt zu ziehen wäre) überall da nicht von der Einwilligung abhängig gemacht werden kann, wo es sich um die Herstellung des objectiven Thatbestands, und um die Person des (nicht blos der Verbergung, sondern) der That Verdächtigen handelt, und die auch im Interesse der Vertheidigung bedingt sein kann. In dem Abschnitt von dem Augenschein wird dieser Fälle nicht gedacht.

In § 104 „Die Durchsuchung — setzt voraus — und findet in der Regel nur dann statt —" ist dieser Satz nicht zu billigen. So kann sich ein Lehrer oder Schriftsteller ausdrücken, welcher mittheilt, wie in der Praxis verfahren werde, was in der Regel, was ausnahmsweise stattfinde, bez. statthaft sei. Nicht aber ein Gesetz, welches dem Beamten vorschreiben soll, was und unter welchen Bedingungen er vorzunehmen, oder was er zu unterlassen oder nur ausnahmsweise sich zu erlauben habe. Man wollte also hier sagen, daß die Durchsuchung überhaupt nicht, sondern nur dann

vorgenommen werden dürfe, wenn ꝛc. Abgesehen von dem mehr formellen Mangel des Ausdrucks, ist aber der Beamte (Untersuchungsrichter oder Staatsanwalt, § 69 und 106) hier ohne die Belehrung gelassen, die er von dem Gesetz erwartet, und würde, wie freilich in vielen andern Fällen, auf sein eigenes, gewissenhaftes Ermessen und auf das, was er glaubt verantworten zu können, hingewiesen sein.

Der Inhalt der §§ 104—108 entspricht den Bestimmungen der Verfassung und des Gesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit[26]).

In der Fassung des § 113 a. E. finde ich eine Erinnerung gegen den frühern Entwurf berücksichtigt[27]). Ebenso ist auch meine Bemerkung zu § 155 dieses frühern Entwurfs, jetzt § 113 die Auferlegung des Manifestations- (oder wie ihn hier die Motive nennen Editions-) Eides, angenommen[28]).

Eine kleine redactionelle Aenderung wäre bei § 114 zu wünschen: „Amtliche Urkunden — müssen herausgegeben werden." Da in dem Folgenden von den Gründen der Verweigerung und der Entscheidung des Staatsministeriums die Rede ist, also die Subjecte der Handlung genannt werden, so dürfte auch im Anfang, statt der mehr objectiven Fassung, der herauszugebenden Urkunden, die entsprechende Benennung sich empfehlen, daß die Behörden oder Beamten schuldig seien, die Urkunden, deren Einsicht das Gericht bedarf, mitzutheilen. Was die Bedenken in den gewiß seltenen Fällen betrifft, „wo das Bekanntwerden des Inhalts dem Staatswohle Nachtheil bereiten würde" (soll heißen: wo zu befürchten ist, daß das Bekanntwerden ꝛc.), so ist hier zweierlei zu erinnern. Einmal sollte nicht gesagt werden: „Die Mittheilung kann ver-

---

[26]) Der § 110 hat den frühern § 121 des Entwurfs rücksichtlich der hier „wegen besonderer Schwierigkeiten" gemachten Ausnahmen von der Vorschrift „sofortiger Anfertigung des Verzeichnisses" beibehalten, obschon sich dagegen Manches erinnern läßt, was die Vertheidigung benutzen kann. Schwierigkeiten sind nicht Hindernisse und können überwunden werden. Es kann sich nur davon handeln, ob die Ausführung jetzt, unmittelbar bei oder nach der Haussuchung, möglich ist oder nicht. Wie wichtig die strengste Beobachtung, wie bedenklich der Aufschub (auch wo sich Schwierigkeiten entgegenstellen) insbesondere bei Beschlagnahme von Schriftstücken, namentlich in sog. politischen Prozessen sei, möge nur angedeutet werden.

[27]) A. a. O., S. 61.

[28]) A. a. O., S. 69.

weigert werden" — denn in der That ist es keine, wenigstens keine definitive Verweigerung, da eine endliche Feststellung des Weigerungsgrundes dem Staats-Ministerium zusteht. Der Sinn und das praktische Verfahren ist, daß die requirirte Behörde erklärt, sie müsse aus jenem Grunde Anstand nehmen, die Urkunden herauszugeben, es bedarf dann nicht, — was allerdings nicht ausgeschlossen ist, — einer Beschwerde des Crim.-Gerichts (bez. des Appell.-Gerichts) oder der Ober-Staatsanwaltschaft bei dem Staats-Ministerium — sondern es würde einfach die requirirte Behörde bei dem Ressort-Departement oder Ministerium, unter Angabe ihrer Bedenken, um Anweisung zu bitten haben. Ob diese höchste Stelle die Verweigerung zu beschließen oder die Erlaubniß zu ertheilen, oder ob sie unbedingt überall die Entscheidung des Staats-Ministeriums herbeizuführen habe, das hängt von Voraussetzungen rc. ab, die es rathsam machen, diese ganze Bestimmung in der Straf-Prozeß-Ordnung wegzulassen. Das Staats-Ministerium wird seine Competenz zur endgültigen Entscheidung, wo es das Wohl des Staats betrifft, selbst dann nicht aus diesen Vorschriften der Str.-Pr-Ordn. ableiten, „wenn die Vorlegung der Urkunden durch gerichtlichen Beschluß für erforderlich erachtet wird." Ferner, wo letzteres der Fall ist, würde die höhern Orts festgestellte Verweigerung ein gerechtes Urtheil unmöglich machen. Die Anklage, wie die Vertheidigung sind hier gleichmäßig interessirt. Fordert wirklich das Wohl des Staates die Geheimhaltung (es kann dies wohl nur bei sog. politischen Prozessen vorkommen) — in einer Zeit, wo Staatsverträge rc. der Volksvertretung vorgelegt werden müssen und jeder, der Lust dazu hat, die Minister mit seinen Interpellationen zu Erklärungen veranlassen kann — dann wäre es gerathener, die Strafverfolgung einzustellen, als bei der Unvollständigkeit des für erforderlich erachteten Materials sich der Gefahr ungerechten Urtheilens auszusetzen. Jedenfalls würde, wo dadurch ein Belastungsbeweis, in Beziehung auf die Person oder den Thatbestand, geführt werden sollte, dieser als nicht vorhanden zu betrachten sein.

Im ganzen Abschnitte könnten einige genauere Vorschriften vermißt werden. Doch darf man einer verständigen und würdigen Verfahrungsweise auch nach bisheriger Praxis vertrauen [29]).

---

[29]) A. a. O., S. 59.

Zweiter Abschnitt.

Von der Untersuchungshaft und von andern Beschränkungen der persönlichen Freiheit.

Im Allgemeinen ist hier wiederholt, was bereits in den Vorschriften über das Strafverfahren und den besondern zum Schutz der persönlichen Freiheit ausgesprochen war, und was durch den Zweck des Verfahrens bedingt wird. Ueber die hier eintretenden Schwierigkeiten, bei dem nicht seltenen Gegensatz berechtigter Interessen, das Richtige, nach Lage des Falles zu bestimmen, die Unentbehrlichkeit genauer die individuelle Freiheit sichernder, und nicht mehr als unerläßlich ist, beschränkender Anordnungen, in Verbindung mit einer innerhalb gewisser Grenzen den Richtern einzuräumenden Befugniß nach gewissenhaftem Ermessen zu handeln, habe ich, bei Gelegenheit des vorigen Entwurfs meine Ansichten vorgetragen [30]). Manches ist erledigt; manches darf noch jetzt der Erwägung empfohlen werden.

Der Eingang des § 120: „Bedingung einer Untersuchungshaft ist die Wahrscheinlichkeit, daß eine strafbare Handlung begangen sei" könnte vermissen lassen, daß die Hauptsache nicht erwähnt wird, nämlich, daß eine gewisse Person als bei der That betheiligt, wenigstens verdächtig sei, denn bei der Haft handelt es sich stets und vor Allem von der Person, wobei deren muthmaßliche Betheiligung allerdings in untrennbarem Zusammenhang ist. Auch der vorhergehende § 119, welcher den Abschnitt eröffnet, und den Erlaß eines schriftlichen Haftbefehls gebietet, wo dann selbstverständlich die zu verhaftende Person genannt oder gehörig bezeichnet werden muß, spricht nicht sofort, sondern erst nachher, bei der Zustellung des Haftbefehls an den Beschuldigten, von diesem. Wird nun gleich, da von „Untersuchungshaft" die Rede ist und § 120 in den fernern Sätzen den Verdächtigen nennt, ein Mißverständniß, als könnten z. B. auch Zeugen, auf Grund dieses Gesetzes, der Freiheit vorübergehend zum Zweck der Untersuchung beraubt werden, ausgeschlossen, so fordert doch die Bestimmtheit gesetzlicher Sprache, das Wesentliche nicht blos in Nachsätzen und so anzuführen, daß es sich erst als Schlußfolgerung ergibt. Der § 120 um-

---

[30]) A. a. O., S. 47.

faßt übrigens mehrerlei, was schärfer getrennt werden dürfte, nämlich mit Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse, die Gefahr der Flucht und die Besorgniß vor Collusionen; ferner die Angabe von Fällen, wo hiernach stets und als Regel die Haft eintreten soll; diese Fälle erschöpfen nicht das Gebiet; insbesondere dürften Gewaltthätigkeiten ꝛc. nicht hinter den hier erwähnten aus Gewinnsucht verübten Handlungen zurückstehen. Denn die nachher für alle andern Verübungen mit Rücksicht auf die zu gewärtigende oder bereits, wenngleich noch nicht rechtskräftig ausgesprochene Strafe, ertheilten Vorschriften scheinen nicht ausreichend.

Auch § 122, wo die Verhaftung eines Angeschuldigten nur durch die Rücksicht auf einen Mitangeklagten — welcher durch des erstern Ausbleiben bei der Hauptverhandlung benachtheiligt werden könnte — bedingt wird, dürfte eine andere Fassung erhalten. Der zweite Satz ist gerechtfertigt, da den Bestimmungen von § 120, Nr. 1 und 2 nicht Eintrag geschieht.

Gegen die Vorschriften über Abwendung der Haft durch Sicherheitsbestellung, und die Beschränkung dieser letztern auf Hinterlegung von Geld oder inländischen Staatspapieren § 126 ꝛc., ist nichts zu erinnern. Daß ausländische Werthpapiere nicht zugelassen werden, enthält keine Unbilligkeit. So wie aus nahe liegenden Gründen (und wohl nach allgemeiner Annahme) die inländischen Papiere allein als solche betrachtet werden, welche die geforderte Sicherheit gewähren, so wird es auch nicht große Schwierigkeiten haben, den Umsatz der auswärtigen zu bewirken, mit denen der sonst zu Verhaftende die Caution zu leisten vermöchte.

Ueber das § 130 bestimmte Verfallen der noch nicht wieder freigewordenen Sicherheitssummen an die Staatscasse, beziehe ich mich auf meine früheren Erinnerungen [31]).

Der § 131: „Die Vollstreckung des ergehenden Urtheils erfolgt unabhängig von dem Verfall der Sicherheitssumme" ist überflüssig, wenn unter dem „ergehenden Urtheil" dasjenige in der Hauptsache, wegen deren die Untersuchung stattfindet, verstanden wird. Denn dies versteht sich; auch soll die Caution nur die Untersuchungshaft ersetzen. Oder er ist nicht deutlich genug, wenn — was man nach dem Vorausgehenden, wo nirgends von einem Urtheil die Rede ist, kaum annehmen darf — etwa dasjenige

[31]) A. a. O., S. 57.

gemeint sein sollte, was sich auf die Prüfung der Nr. 1—3 in § 130 angegebenen Gründe des Verfallens bezieht.

Die Bestimmungen über vorläufige Festnahme § 134 und Vorführungsbefehl § 139 rc. geben nicht Stoff zu Bemerkungen: doch möchten sie passender am Anfange des Abschnittes, und nach ihnen erst die über die Verhaftung ihren Platz finden, worauf dann das Gemeinschaftliche der Vollstreckungsmaßregeln § 141 folgte; der Schluß, Behandlung der Untersuchungs-Gefangenen, wäre beizubehalten. Andere Gesetzgebungen sind in einigen Punkten ausführlicher; Wesentliches wird zwar hier nicht vermißt, doch möge, wie überhaupt, bei der weitern Prüfung die Vergleichung namentlich mit den Oesterr. Entwürfen, der Badischen Str.-Pr.-Ordn. nicht unterlassen werden.

Dritter Abschnitt.

Von den Verhören im Allgemeinen und von der Aufnahme der Protocolle.

Das hier Verordnete erscheint durchaus den zu machenden Forderungen angemessen. Beifall verdient insbesondere, was § 151, Absatz 2 über die den zu vernehmenden Zeugen und Sachverständigen vorzulegenden Personalfragen bemerkt wird. Der jetzige Entwurf beobachtet zwischen der Umständlichkeit der Crim.-Ord. und der Kürze des vorigen Entwurfs eine richtige Mitte, und es ist wohl motivirt, daß gewisse Fragen, die nicht unter allen Umständen besonders bedingt erscheinen, deren Beantwortung aber (wie sie auch ausfallen möge) für das fernere Verfahren einen Anhaltspunkt darbietet, doch vorgelegt werden, indem „durch Fragen, die vom Gesetz vorgeschrieben sind, sich kein Zeuge verletzt fühlen kann.“ Zwar ließe sich darüber streiten: das zuweilen wohl gerechtfertigte Mißgefühl einer rechtschaffenen Person wird durch diese Bestimmung nicht entfernt, dasselbe richtet sich nur — indem der Zeuge weiß, der Richter thue nur seine Pflicht in Befolgung des Gesetzes — eben gegen das Gesetz selbst, dessen Bestimmung für unangemessen und verletzend erachtet wird. Jedoch mag man sich dabei beruhigen, da derartige Fragen nicht wohl entbehrt werden können. Nun ließe sich allerdings gegen den am Schlusse gemach-

ten Vorbehalt, wonach der Richter „geeigneten Falles noch Fragen über andere persönliche, auf die Glaubwürdigkeit einwirkende Umstände vorlegen kann", erinnern, daß hier entweder dieselbe Rücksicht wie dort entscheiden müsse, und es einfacher wäre, von der ein für allemal gegebenen gesetzlichen Vorschrift jene Wirkung (in Betreff des verletzten Gefühls) zu erwarten, oder daß auf solche Fragen verzichtet werden sollte, deren nur facultative Stellung, lediglich von dem richterlichen Ermessen ausgehend, wohl unzweifelhaft Jemand empfindlich berühren könnte. Dennoch wird man hier dem Entwurfe beitreten und dem richtigen Takte eines verständigen Richters vertrauen dürfen. So ist die Frage, ob der Zeuge einmal in Untersuchung sich befunden, ob er bestraft worden, zwar (und mit Recht) in der Crim.-O. § 319 nicht vorgeschrieben, aber sie ist in der Praxis so gewöhnlich, ja sie wird bei der täglichen Uebung nicht selten in so unangemessener Form gestellt, daß sich längst die allgemeine Stimme dagegen erklärt hat. Nicht nur kommt sie gegenüber Personen vor, deren Stellung in Staat und Gesellschaft sie ausschließen sollte, sondern auch in einer Weise, z. B. „sind Sie schon einmal, sind Sie noch nicht bestraft worden", als verstände sich von selbst, daß Jeder mit dem Strafrichter zu thun habe und das Gegentheil eine Ausnahme sei. Hoffentlich wird nun dies hinwegfallen. Aber die Frage kann unter gegebenen Bedingungen nothwendig sein. Dann wird Einsicht und Humanität die rechte Weise der Erkundigung, je nach den Verhältnissen, an die Hand geben.

Die nun folgenden Abschnitte, welche dem Verhör des Beschuldigten und der Zeugen insbesondere gewidmet sind, enthalten, nach den bisher erwähnten allgemeinen Bestimmungen, die besondern, welche durch die Prozeß-Stellung bedingt sind.

Vierter Abschnitt.

Vom Verhöre des Beschuldigten und der Ermittelung seiner persönlichen Verhältnisse.

In den §§ 162—165 ist in angemessener Kürze das Erforderliche vorgeschrieben. Es ließe sich noch Manches hierher setzen, aber es mag, nach der einmal angenommenen Hauptrubrik, sich die hier

beobachtete Beschränkung vertheidigen lassen, da theils die Vorschriften über Voruntersuchung und Hauptverhandlung das Weitere enthalten, theils die Verzichtleistung auf so ausführliche gesetzliche Vorschriften, wie sie in der auf das eigentliche Untersuchungsverfahren berechneten Crim.-O. sich finden, für das jetzige Verfahren — welches nach dem Princip und der einen Richtung übrigens immer Untersuchungsverfahren bleibt — nicht den Sinn haben kann, dasjenige bei Seite zu setzen, was eine vollständige und verständig eingerichtete Verfahrensweise im Dienste der Gerechtigkeit gebietet und nicht blos empfiehlt. Dies gehörig zu beobachten, wird sich eine tüchtige, bewährte Praxis zur Pflicht machen; sie wird sich nicht durch angebliche Consequenzen des Anklage-Grundsatzes und durch Behauptungen oder Forderungen, welche von anderm als dem Rechtsstandpunkte aus aufgestellt werden, bestimmen lassen.

Ohne jene Voraussetzung würde der Inhalt des Abschnittes für ungenügend geachtet werden müssen. In der That ist (und ich wiederhole meine Billigung) von der Einrichtung des Verhörs kaum die Rede. Der den Abschnitt eröffnende § 162: „das Verhör des Beschuldigten muß in der Weise erfolgen, daß ihm vollständige Gelegenheit zur Beseitigung der gegen ihn sprechenden Verdachtsgründe und zu seiner sonstigen Rechtfertigung gegeben wird", spricht von der Hauptsache, nämlich eben dem Verhör über die Beschuldigung gar nicht. Dies wird als selbstverständlich angenommen, und bei dem geschickten Untersuchungsrichter vorausgesetzt, er werde sich nicht darauf beschränken, jener Beseitigung und Rechtfertigung — sofern solche überhaupt im gegebenen Falle Platz greifen — die Gelegenheit zu eröffnen [32]). Daß § 162 als „unzulässig" untersagt sind „Zwangsmittel jeder Art, oder Versprechungen, durch welche der Beschuldigte zu irgend einer Erklärung vermocht werden soll" — eine schon jetzt überall geltende Vorschrift — ist eine nothwendige aber nur negative Anordnung, bez. Beschränkung des Kreises, innerhalb dessen sich die Vernehmung sachgemäß zu bewegen hat — wenn sie nicht ganz ihren Zweck verfehlen soll.

Daß bei zweifelhafter Zurechnungsfähigkeit das Erforderliche

---

[32]) Die Verdachtsgründe, und was sonst zu widerlegen ist — bez. zu rechtfertigen — müssen allerdings in geeigneter Weise eröffnet werden, aber mit diesen ist nicht Alles erschöpft.

veranstaltet werden muß, § 164, ist zweckmäßig schon hier gesagt, wie sich auch die, wegen etwaigen Rückfalls nach § 165 zu stellende Frage, bez. nach deren Bejahung, die weitere vorgeschriebene Ausmittelung an dieser Stelle vollkommen rechtfertigt.

Fünfter Abschnitt.

Vom Verhöre der Zeugen.

Hier scheint größere Ausführlichkeit nothwendig. Der Inhalt ist im Ganzen übereinstimmend mit dem bisherigen Recht und den andern Gesetzgebungen. Für ganz eigenthümliche und von den allgemein angenommenen Grundsätzen abweichende Bestimmungen ist, wie überhaupt bei der eigentlichen Untersuchung, keine Veranlassung.

Der von Zeugenpflicht handelnde § 166 entspricht in der Fassung des ersten Satzes nicht ganz dem Gedanken, welcher ausgedrückt werden soll. Es möge nicht für kleinlich gehalten werden, wenn wir die strengsten Forderungen aufstellen und wünschen, daß eine im Ganzen so wohlgelungene Arbeit, wie der vorliegende Entwurf, auch der Form nach so wenig wie möglich Stoff zu Erinnerungen gebe.

„Beim Vorhandensein der Wahrscheinlichkeit, daß eine strafbare Handlung begangen worden sei“ — natürlich also auch, wenn mehr als dies, wenn schon Gewißheit da ist, was doch oft der Fall ist. — Es soll heißen: auch nur, oder: wenn wenigstens Wahrscheinlichkeit vorhanden ist. Da aber dann die Bedingungen amtlichen, wenn auch nur vorbereitenden Einschreitens da sein müssen, so würde die Angabe, daß in strafrechtlichen Untersuchungssachen jene Bestimmung gelte, geeigneter sein, alle Fälle und Voraussetzungen zu umfassen.

„Kann an Jedermann im Staate ohne Unterschied die Aufforderung gerichtet werden, ein gerichtliches Zeugniß abzulegen.“

Freilich, aber die Frage ist nicht nur, ob solche Aufforderung stattfinden kann, sondern ob der Aufgeforderte schuldig sei, Folge zu leisten. Ist es ja in den letzten Jahren eine vielfach gemachte Erfahrung, daß es an solchen Aufforderungen nicht gefehlt hat, aber auch, daß, und zum Theil mit Berufung auf Rechtsgründe,

die Befolgung verweigert worden. Offenbar soll aber hier nicht blos die Befugniß ausgesprochen werden, solche Aufforderung an Jedermann zu richten, sondern die Verpflichtung derselben zu genügen. Erst im zweiten Absatz wird, bei Gelegenheit der Ausnahme und negativ, von „der Verbindlichkeit sich als Zeuge vernehmen zu lassen" gehandelt, von welcher nämlich nahe Verwandte und Verschwägerte frei sind. Also: das Wesentliche und die Pflicht muß bestimmt im Gesetz erklärt und es muß zugleich gesagt werden, von wem diese Aufforderung ausgehen dürfe und müsse. Allerdings wird man nicht zweifeln, daß die zuständige Behörde gemeint sei; nicht irgend wer, der ein Interesse hat, daß Jemand vernommen werde. Denn obgleich dieses immer vorkommt, sei es, daß der durch ein Verbrechen Verletzte, sei es, daß die Staatsanwaltschaft, der Beschuldigte, Angeklagte, der Vertheidiger sich auf die Aussage einer bestimmten Person beruft, immer ist dabei die Vermittelung des Gerichts nothwendig. Obgleich nun die ganze Strafprozeß-Ordnung mit ihren Vorschriften sich zunächst an die Behörde richtet, auch was hier vorgetragen wird, unter die allgemeine Rubrik der von dem Gericht vorzunehmenden Untersuchungshandlungen stellt, so darf doch die erforderliche Bestimmung nicht fehlen. „Gerichtliches Zeugniß abzulegen" reicht nicht hin. Denn dazu kann auch ein Nichtrichter oder ein incompetenter auffordern.

Ferner handelt es sich, vor Allem bei dem Beginn der Untersuchung, auch nicht überall von einem gerichtlichen Zeugniß. Ob die Aussage ein Zeugniß sei und als solches gelten könne, fällt unter einen andern, jetzt noch nicht zu entscheidenden Gesichtspunkt. Das, worauf es hier zunächst ankommt und ohne Zweifel der Sinn der Bestimmung ist, besteht in der Verpflichtung der aufgeforderten Person, sich vor Gericht vernehmen zu lassen und über das, was Gegenstand der Erkundigung ist, diejenige Auskunft wahrheitsgemäß zu geben, welche die vorgeforderte Person zu ertheilen im Stande ist. Ferner:

„Damit dasselbe zur Feststellung des Thatbestandes, zur Ermittelung und Ueberführung der Thäter oder zur Entlassung des Beschuldigten beitrage."

Diese einerseits ausführliche, andererseits doch wieder nicht erschöpfende Angabe des Zweckes (damit —), läßt sich einfach auf die Ermittelung der Wahrheit zurückführen. Warum bei dem Belastungszeugniß die Thäter in der Mehrheit, bei der Ent-

lastung der Beschuldigte in der Einheit — bezeichnet werden, ist nicht abzusehen. Aber der ganze Satz ist nicht recht angemessen. Daß die Aussage zur Sache etwas beitrage und somit als Zeugniß wirke, ist eine Möglichkeit und seiner Zeit zu prüfen; hier, als Zweck ausgesprochen, würde sie einer Weigerung, unter Berufung darauf, die Aussage könne nichts beitragen, Raum geben. Solche ist aber unstatthaft und es ist vielmehr auch die Erklärung, nichts zur Sache Gehöriges zu wissen und angeben zu können, in jener allgemeinen Verpflichtung mit inbegriffen, wo die Bedingungen einer gerichtlichen Aufforderung vorhanden sind.

Der § 167: „die Pflicht öffentlicher Beamten zur Dienstverschwiegenheit bildet (ist) kein Hinderniß ihrer Vernehmlassung (Vernehmung) als Zeugen", entspricht der Bestimmung des § 114 über die Herausgabe von öffentlichen Urkunden. So wie diese verweigert werden kann, wo das Staatswohl gefährdet erscheint, so kann hier „der Beamte von der vorgesetzten Behörde zur Verweigerung des Zeugnisses ermächtigt werden, wenn die Ablegung desselben dem Staatswohle Nachtheil bereiten würde." Vorausgesetzt wird also, daß der aufgeforderte Beamte höheren Orts Anzeige mache. In der Prozeß-Ordnung braucht dies nicht gesagt zu werden. Es gehört in die Instruction des Beamten. In etwas anderer Fassung ist auch hier bemerkt, daß die letzte Entscheidung dem Staats-Ministerium zustehe.

Indem ich mich auf das zu § 114 Gesagte beziehe, mache ich zum Verständnisse sonstiger scheinbarer Incongruenz der Voraussetzungen beider §§ auf den Unterschied aufmerksam. Dort ist die Rede von einem Object, der Urkunde; die requirirte Behörde, die Beamten, möglicherweise Andere, als die bei deren Redaction Betheiligten, befinden sich in einer andern Stellung, als die Beamten, von denen § 167 spricht. Diese sind, als mit der Sache, worüber Auskunft und Zeugniß verlangt wird, persönlich bekannt und kommen als Subjecte in Betracht — welche im Allgemeinen, wie jeder Andere verpflichtet sind, Zeugniß zu geben, und davon nicht schon durch ihre dienstliche Stellung, d. h. durch die Berufung darauf befreit sind, daß sie durch ihre Aussage die Dienstverschwiegenheit, zu welcher sie verpflichtet sind, verletzen würden. Diese Pflicht hat nothwendige Grenzen, denn auch die Forderungen der Gerechtigkeitspflege müssen erfüllt werden. Nur in jenem Ausnahmefall ist eine Weigerung gerechtfertigt: ob aber ein solcher

Fall — Gefährdung des Saatswohles — vorliege, das kann nicht, wie in § 114, der Behörde, selbst zu beurtheilen, überlassen werden, an welche sich das Gericht gewendet hat, sondern es ist hierüber zunächst von der dem Beamten, dem nicht die Entscheidung, sondern nur die Anzeige des Bedenkens zusteht, aber auch geboten ist, vorgesetzten Behörde zu befinden. Somit dürften sich etwaige Erinnerungen erledigen.

Die dem Gerichte einzuräumenden Befugnisse gegen Personen, welche, als Zeugen vorgeladen, ungehorsam ausbleiben, oder zwar erschienen sind, jedoch Zeugniß oder Eid verweigern, sind besonders in der neuesten Zeit bei uns Gegenstand lebhaften Streites gewesen. Und nicht nur sofern es sich von der Gesetzgebung, sondern auch der Anwendung der bestehenden, allerdings weder überall ganz zweifellosen, noch ausreichenden Gesetze handelte. Daß die §§ 168—170 den Forderungen entsprechen, welche hier zu machen sind, wage ich nicht zu behaupten. Zu billigen ist, daß von den hier möglichen Systemen oder Auffassungen dasjenige eines strafbaren Verhaltens des als Zeugen Berufenen, welches geahndet werden soll, als unausführbar in voller Consequenz, nicht, sondern das andere eines durch Zwang zu überwindenden Ungehorsams vorgezogen ist, wonach sich dann wenigstens einige Anhaltspunkte für den Grad und die Grenze des Zwangs ergeben, und jedenfalls das ergibt, daß letzterer in dem Augenblicke aufhören müsse, wo der beseitigte Widerstand ihn entbehrlich macht. Ueber Einzelnes, die Dauer, läßt sich streiten. Die Sache ist am meisten praktisch geworden bei den durch die Presse verübten Vergehen. Hält man überhaupt an der allgemeinen Pflicht zum Zeugnisse fest, wo nicht besondere Gründe von derselben befreien, so wird man auch der individuellen Meinung, es dürfe das Zeugniß verweigert werden, ja es sei Ehren- oder Gewissenssache, nicht eine Geltung gegen die objectiven Rechtsgrundsätze einräumen dürfen. Diese und die Willkühr haben kein Recht gegen jene, und es liegt hier kein wirklicher, vielmehr ein vermeintlicher und absichtlich herbeigeführter Collisionsfall vor. Aber alles dies gilt, wo es sich um Zeugniß in eigentlichen Untersuchungssachen handelt. Bedenklicher ist die Frage „in dem Stadium des Ermittelungsverfahrens", dessen die Motive nur bei der Competenz gedenken, deren Regulirung, wie es hier (S. 85) heißt, „nicht so einfach ist", wie in der Periode der Voruntersuchung und der Hauptverhandlung. Ich will sofort

bemerken, daß ich gegen die Art, wie die Competenz in Betreff jener Zwangsmaaßregeln geordnet ist, nichts zu erinnern habe. Was aber die Hauptsache, nämlich das Ermittelungsverfahren betrifft, so ist hier eine feine Grenze, vornehmlich wenn ein Vergehen überhaupt nicht, sondern erst in dem Falle indicirt wäre, wo z. B. in Folge jener vorbereitenden Schritte erst ermittelt werden sollte, ob außer dem verantwortlichen Herausgeber eines Preßerzeugnisses Jemand inculpirt werden kann. Es steht dies wieder in Verbindung mit dem Verfahren bei Preßvergehen und hier machen sich dann noch andere Rücksichten geltend. Ich erlaube mir der Kürze halber auf eine an anderm Orte gelieferte Ausführung Bezug zu nehmen [33]). Allerdings beschränkt sich das Ermittelungsverfahren nicht auf jene Fälle.

Auch treten hier noch eigenthümliche Schwierigkeiten ein, indem die Lage eines zum Zeugniß Aufgeforderten dadurch eine schlimmere werden kann, als wenn er selbst angeschuldigt wäre, wo ihm der § 163 zu Statten kommt. Diese Schwierigkeit tritt nicht minder bei gewissen Ausnahmen von der Zeugnißpflicht ein, wo in der Regel schon die Geltendmachung der Ausnahme eine Gefahr mit sich führt. Ist eine bestimmte Person wegen eines bestimmten Vergehens oder Verbrechens in Untersuchung oder Anklagestand, so mag freilich ohne eine weitere Gefährdung jeder der in den §§ 166, Abschn. 2 genannten Verwandten 2c. seine Befreiung in Anspruch nehmen — wo nicht auch diese hinwegfallen muß, wovon unser Entwurf auch [34]) nichts sagt (in der französischen Rechtssprache témoins nécessaires). Aber bei der Vorbereitung und Ermittelung wird schon die Berufung auf die Befugniß, die Auskunftsertheilung abzulehnen, kaum ohne Widerspruch mit dem Zweck, der sie motivirt, stattfinden können. Ebenso wird dies der Fall sein hinsichtlich der in der Zeugnißpflicht nicht inbegriffenen „Offenbarung solcher Umstände, welche den Zeugen selbst als strafbar erscheinen lassen" § 166, Abs. 3. Er kann dies, ohne Gefahr für sich, kaum geltend machen, während man doch nicht in zu weit getriebener Schonung, hierdurch der willkürlichen und

---

[33]) In Schletter's Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Bd. VIII, 350.

[34]) Dagegen bei Gelegenheit der Vereidigung § 172, Nr. 4, Alinea 2.

pflichtwidrigen Vorenthaltung des Zeugnisses einen bedenklichen Raum geben darf.

Dies soll aber nicht eine Einwendung gegen die Bestimmungen selbst sein, welche sich in älteren und neueren Gesetzgebungen gleichmäßig finden, und in den älteren und gemeinrechtlichen Quellen begründet sind.

Die Beeidigung der Zeugen ist § 171 wie schon jetzt, regelmäßig für die Voruntersuchung vorgeschrieben, wo eine solche stattfindet. Wenn die Motive zu § 171, welcher lautet: „Die eidliche Bestärkung des Zeugnisses darf bei keiner Zeugenvernehmung unterbleiben, insofern nicht ein diese (?) Unterlassung rechtfertigender Grund festgestellt ist", bemerken: „Der Entwurf (vgl. § 265) beläßt es hiernach bei dem System der V. v. 3. Jan. 1849, wonach die Zeugen der Regel nach schon in der Voruntersuchung zu beeidigen sind, in der Hauptverhandlung aber die schon früher vereidigten nicht einen neuen Eid zu leisten haben, sondern die Aussage unter Bezugnahme auf den frühern Eid abzugeben ist", so ist dies aus den Worten des § 171 nicht zu folgern, und das „hiernach" ungerechtfertigt. Aus jenen Worten ergibt sich nur, daß die Beeidigung bei keiner Zeugenvernehmung unterbleiben dürfe, woraus allerdings deren Nothwendigkeit auch sofort für das Vorverfahren, aber ebenso („bei keiner" unterbleiben —) bei der Hauptverhandlung, selbst in Betreff der schon vereideten, früher vernommenen Zeugen folgen müßte: die Vereidigung soll bei keiner Zeugenvernehmung unterlassen werden. Zwar wird praktisch ein Zweifel, ob etwa eine wiederholte Vereidigung, wie sie manche Gesetzgebungen anordnen, nicht eintreten, wie sich § 265 bestimmt dagegen ausspricht. Nur aus der ersten Vorschrift folgt es nicht, und ist auch nicht genügend motivirt.

Hierüber und ob der Eid, in welchem Stadium des Verfahrens er auch zu leisten sei, wie nach gemeinem und sonst angenommenem Rechte, nach Beantwortung der sog. General- oder Personal-Fragen der Vernehmung über den Gegenstand der Untersuchung vorausgehen, oder, wie nach dem bisherigen Preuß. Rechte nachfolgen solle, ist bekanntlich viel gestritten worden. Für jede dieser Ansichten lassen sich wichtige Gründe anführen, und wie ich an andern Orten gezeigt habe, die Erwartung, daß die eine oder andere Weise eine größere Gewähr für die Wahrheit biete, ist nicht allgemein richtig. Das Ergebniß bleibt gleich, möge man es mit

dem gewissenhaften Zeugen, oder mit einem solchen zu thun haben, der von der Wahrheit abweichen will. Daß unser Entwurf einen der Vernehmung nachfolgenden, also assertorischen Eid verlangt, ist § 174 mit Angabe der Fassung desselben bestimmt, aber schon § 171, Abs. 2 angedeutet, da hier noch vor Beginn des Verhörs unter anderm auch die Hinweisung auf die bevorstehende Eidesleistung geboten wird. (Die Erinnerung an die Strafe des falschen Zeugnisses, welche hier ausnahmslos vorgeschrieben ist, dürfte doch manchen Personen gegenüber entbehrlich sein [35].)

Die Verschiedenheit der Ansichten ist natürlich nicht unerwogen geblieben und wird in den Motiven berührt. Der Entwurf v. J. 1851 hatte § 145 bestimmt: „Die Vereidigung der Zeugen soll der Vernehmung vorangehen"; Ausnahmen waren vorbehalten. Diese von mir schon früher im Anschluß an das gemeine und sonstige Recht vertheidigte Auffassung hatte ich in meiner Kritik gebilligt [36]. Wenn nun dennoch bei sonstiger Zugrundelegung des ältern Entwurfs davon ab- und zu dem frühern Rechte zurückgegangen, oder vielmehr das Bestehende beibehalten wird, so will ich mich bescheiden. Es mag allenfalls noch geltend gemacht werden, daß im Zweifel, und wo nicht ein überwiegender Grund der Abänderung anerkannt wird, das Bestehende erhalten bleiben soll. Meine Gründe habe ich ohnlängst ausführlicher in einer besondern Abhandlung [37]) vorgetragen. Die Motive (S. 89) nehmen auf dieselbe Bezug, und insbesondere auf das, was ich gegen die bei der Verweisung auf den frühern assertorischen Eid, im Falle wiederholter Vernehmung des Zeugen, nun eintretende Verwandlung eben dieses Eides (oder die Fiction) in einen promissorischen erinnert habe. Durch die Motivirung aber: „Man wird jedoch dieser Ausführung, ohne ihre Schärfe zu verkennen, die Thatsache entgegenhalten können, daß unsere Rechtsübung bisher keinerlei Anstoß an jenem Bedenken gefunden hat, und daß auch dem Laien, wie die tägliche Erfahrung zeigt, die Bedeutung einer Versicherung

[35]) Meine angef. Kritische Betrachtung, S. 66.

[36]) § 174: „Der Eid wird nach erfolgter Vernehmung von den Zeugen dahin geleistet, daß er nach bestem Wissen die volle Wahrheit gesagt, nichts verschwiegen und nichts hinzugesetzt habe."

[37]) Die Frage über den Zeitpunkt der Vereidigung der Zeugen im strafrechtlichen Verfahren vom geschichtlichen, dogmatischen und legislativen Standpunkte aus erörtert. (Leipzig 1864.)

auf den frühern assertorischen Eid vollkommen verständlich ist" — finde ich mich nicht genügend widerlegt, selbst wenn ich diesen letzten Satz nicht sowohl als ein Verständniß der Bedeutung seitens des Laien nehme — denn dieses allein entscheidet nichts —, sondern davon, daß er sich durch jenen Eid damals über das Vorgetragene wahr geschworen, bez. das Vorgetragene als richtig bekräftigt zu haben — auch gebunden fühle für künftig ihm möglicherweise abzufordernde, auch wohl noch andere und neue Punkte betreffende Aussagen. Sollte sich namentlich ein Fall der Gestaltung ereignen, daß der Zeuge nicht wegen der früheren, sondern der späteren, keineswegs rücksichtlich des Gegenstandes nothwendig identischen Angaben, einer Anklage wegen Falscheides unterworfen würde, so darf man sich wenigstens nicht wundern, wenn die Geschworenen die Frage, ob er dadurch jenen Eid verletzt, gebrochen habe, mit „Nein" beantworten.

Unbemerkt darf ich hierbei nicht lassen, daß in dem gleichzeitig vorliegenden „Entwurf einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preußischen Staat[38])" im § 471 die entgegengesetzte Auffassung von derjenigen des Entwurfs der Strafprozeß-Ordnung sich findet, indem hier der Eid gleich nach der Beantwortung der Fragen, welche erforderlich erscheinen, um die Identität festzustellen ꝛc. (§ 470), und somit der Hauptsache vorausgehend, promissorisch geleistet werden soll. Und hier, wo eine entschiedene Abänderung gegen das frühere Preußische Recht stattfindet, ist nicht einmal das im Strafverfahren vorkommende Bedürfniß einer wiederholten Zeugenvernehmung zu berücksichtigen. In den bei weitem ausführlichern Motiven ist dies unter nachdrücklicher Hervorhebung der für die vorgeschlagene und meist in andern Ländern beobachtete Weise sprechenden Gründe und Widerlegung der Bedenken so überzeugend dargethan[39]), daß man die Erscheinung zweier gleichzeitiger und in diesem Punkte einander widersprechender Gesetzesvorlagen sich schwer zu erklären vermag. Sonst ist überall das Streben, mit den verschiedenen Theilen der Landesgesetzgebung die erforderliche, jedenfalls wünschenswerthe Uebereinstimmung zu erhalten und Abweichungen, nur wo sie durch

[38]) Berlin 1864, S. 113.

[39]) Motive zu dem Entwurfe einer Prozeß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Preuß. Staat (Berlin 1864), S. 107, zu § 471 Nr. 2 u. 3.

den Gegenstand selbst oder höhere Rücksichten geboten sind, zuzulassen. Daß eine Kenntniß des einen Entwurfs bei Abfassung des andern nicht gefehlt habe, würde man schon voraussetzen müssen. Sie bestätigt sich aber auch durch die durchaus übereinstimmende Fassung des Eides[40]), indem die oben mitgetheilten Worte des § 17, wo der nachfolgende Eid als Versicherungs- oder Bestärkungs-Eid vorkommt, hier § 471 als Versprechungs-Eid lauten, daß der Zeuge:

„nach bestem Wissen die volle Wahrheit sagen, nichts verschweigen und nichts hinzusetzen werde."

Sechster Abschnitt.

Von dem Augenschein und von den Sachverständigen.

In diesem Gebiete der Untersuchung haben sich längst durch Erfahrung und Praxis, im Anhalt an das, was die Natur der Sache fordert und eine umsichtige Erörterung berücksichtigen muß, so bestimmte Regeln festgestellt, daß für die Gesetzgebung zu andern und vollends zu abweichenden Vorschriften kein Raum bleibt. Auch wird durch die neue Verfahrungsform, im Gegensatz der frühern (längst bereits verlassenen) für die hierher gehörigen Handlungen, welche meist, wo nicht ausschließend in der Voruntersuchung ihre Stelle einnehmen, keinerlei Abweichung bedingt: abgesehen davon, daß in der mündlichen Hauptverhandlung in angemessener anderer Weise, als im schriftlichen Untersuchungsprozesse, von den Ergebnissen Gebrauch gemacht wird. Wir werden darauf, so weit es nöthig ist, zurückkommen. So ist denn auch der Gesetzgebung nicht die Aufgabe gestellt, Alles, unter Berücksichtigung aller Möglichkeiten, wo die sinnliche Beobachtung 2c. angezeigt wird, erschöpfend zu bestimmen. — Es genügen die Aufstellungen der allgemeinen Sätze, und muß Vieles dem Ermessen des Untersuchungsrichters überlassen werden. Hiernach bleibt denn nur wenig zu bemerken.

---

40) Die wörtliche Uebereinstimmung ist um so beachtenswerther, als die in der vorigen Note angeführten Motive S. 109 noch insbesondere ausführen, weshalb man statt der vorgeschlagenen Fassung weder verschweigen noch hinzusetzen, es vorgezogen habe zu sagen: „nichts zu verschweigen, nichts hinzuzusetzen", was gerade so in unserm Entwurfe vorkommt.

Den Abschnitt eröffnet § 180:

„Der gerichtliche Augenschein ist einzunehmen, so oft ein für die Untersuchung erheblicher Umstand durch andere Beweismittel nicht hinreichend aufgeklärt werden kann.“

Obschon diese so gefaßte Bestimmung, wenn man sie mit der Kenntniß dessen, worauf es ankommt, beurtheilt, nicht unrichtig ist, auch dieselbe für einen erfahrenen Untersuchungsrichter nicht im Sinne einer Beschränkung gelten würde, so vermag ich doch die negative Fassung nicht gutzuheißen.

Es ist positiv auszusprechen, daß der Richter überall und in allen Fällen sich die unmittelbare Ueberzeugung zu verschaffen und somit die Vornahme der eigenen Besichtigung, die Einnahme des sog. Augenscheins zu veranstalten habe, wo der Gegenstand dazu geeignet ist, wo es sich um einen Umstand oder sonst etwas handelt, was seiner Natur oder den jetzigen Verhältnissen nach von der Art ist, in solcher Weise sinnlich beobachtet werden zu können. Der Augenschein ist ein Beweismittel sui generis, und zwar ein ganz vorzügliches, niemals, wo er stattfinden kann, bei Seite zu setzendes, von welchem etwa nur dann Gebrauch zu machen wäre, wenn „ein erheblicher Umstand durch andere Beweismittel nicht hinreichend aufgeklärt werden kann.“ Wollte man darauf warten, bis diese Voraussetzung hergestellt ist, so würde die Augenscheinsvornahme nicht selten zu spät kommen, ja unmöglich sein. Wo immer der Augenschein stattfinden kann, da muß er, und zwar, sofort und (aus nahe liegenden Gründen) ohne Aufschub vorgenommen werden. In der Regel ist der Augenschein für sich angezeigt, so daß er nicht etwa subsidiär eintritt. Aber wenn auch der Beweis durch andere Mittel hergestellt werden könnte, so muß nichts desto weniger der Augenschein, wo dessen Vornahme möglich ist, bewirkt werden. Allerdings kann und wird Manches, was dieser ergiebt, auch durch Geständniß, Zeugniß ꝛc. dargethan werden können, und man muß sich dabei beruhigen, wenn es nicht möglich sein sollte, die unmittelbare sinnliche Wahrnehmung zu erlangen (unbeschadet der Frage über den Werth des solchergestalt erlangten Ergebnisses für den Beweis). Aber es ist von hoher Wichtigkeit, wenn durch die Uebereinstimmung jener Ergebnisse und derjenigen des Augenscheins eine gegenseitige Controle und Bestätigung herbeigeführt wird.

Auch nach einer andern Seite ist der erste Satz des § 180

ungenügend. Nicht lediglich davon handelt es sich, „einen für die Untersuchung erheblichen Umstand aufzuklären" („wozu andere Beweismittel nicht hinreichen"). Es könnte dies zu der Meinung führen, als müsse stets der Umstand überhaupt schon bekannt oder indicirt sein, dessen Aufklärung gesucht werde, nachdem die Erheblichkeit erkannt ist. Vielmehr wird in vielen Fällen durch den Augenschein ein Umstand, eine Erscheinung erst ermittelt, welche man zu vermuthen oder vorauszusetzen weder Grund noch Berechtigung hatte. Dahin gehört dann auch, was Abs. 2 bemerkt, daß die Beobachtung zugleich nöthigenfalls sich auf das (in diesem Sinn nicht blos negative) Ergebniß zu richten habe, wonach gewisse sonst zu vermuthende Erscheinungen nicht wahrgenommen wurden. Und zwar in der positiven Fassung, daß man in strenger sorgfältiger Untersuchung gefunden habe, daß diese Spur, z. B. eine Verletzung an diesen Körpertheilen, eine Vergewaltigung an dem Gegenstande nicht vorhanden sei; was zu unterscheiden ist von der einfachen verneinenden Erklärung. Dies, was unzweifelhaft der Sinn sein soll, ist ein nicht minder wesentlicher Theil der Handlung selbst. Es würde sich um der Deutlichkeit willen empfehlen, jenes nicht, wie hier geschehen, nur als Gegenstand des Protokolls zu bezeichnen.

Auch § 181 gibt zu einer Erinnerung Anlaß. „Sachverständige sind in einer Untersuchungssache im Allgemeinen nur dann zuzuziehen oder zu befragen, wenn die Wahrnehmung oder das Urtheil des Richters einer sachkundigen Unterstützung bedarf." Diese Fassung stellt also die Regel auf: Sachverständige sind nicht zuzuziehen, ausnahmsweise aber dann, wenn ꝛc. —. Weshalb diese negative und auf die Ausnahme bezogene Bestimmung, die nichts anderes sagt, als Sachverständige sind zuzuziehen, wenn es nöthig ist? Wann aber ist dies nöthig? Wann bedarf die Wahrnehmung oder das Urtheil des Richters einer sachkundigen Unterstützung? — Man kann freilich der Wissenschaft überlassen, hier das Nähere anzugeben. Allein die positive Vorschrift darf in der Prozeß-Ordnung nicht fehlen, da deren Nichtbeachtung wichtige rechtliche Folgen hat. Und um so weniger kann es entscheidend sein, ob der Richter (d. h. hier der untersuchende) glaubt, einer Unterstützung sachkundiger Art zu bedürfen, oder (etwa weil er selbst gewisse Kenntnisse besitzt, er beschäftigt sich z. B. mit Chemie in seinen freien Stunden, oder er hat, ehe er Jurist wurde, Medicin

mit Fleiß und Erfolg studirt) entbehren zu können. Sachverständige, d. h. Leute, die die Sache verstehen, was hier stets in einem Sinne genommen wird, wonach andere, als jene, selbst wenn sie zufällig die betreffenden Kenntnisse oder Erfahrungen besitzen, — nicht als die berufenen gelten — sind allemal zuzuziehen, wo die Beobachtung und die an diese anzuknüpfenden Urtheile einem solchen eigenthümlichen Gebiete der Wissenschaft, der Kunst, des Gewerb- oder Geschäftsbetriebs angehören, für welches der Richter, als solcher (mag er auch selbst ein Kenner sein) nicht als öffentlich anerkannte Autorität gilt und bestellt ist. Nur wo er entweder durch seine Rechtskenntniß und richterliches Amt, oder nach der allgemeinen Bildung berufen ist, kann er allein und ohne Zuziehung der sog. Experten verfahren. Ohnehin handelt es sich nicht davon, daß der Richter sich, wie sonst bei dem Augenschein, von gewissen vorhandenen oder fehlenden Umständen überzeuge, und dies aktenmäßig feststelle, sondern von dem Gebrauche von Beweismitteln, welche mit ihren Ergebnissen auch anderen Personen, insbesondere den Geschworenen vorzulegen sind[41]).

Daß übrigens der Sinn unseres Entwurfs kein anderer sein soll, ergeben die §§ 182 ꝛc.

Von der Zuziehung der Sachverständigen bei zweifelhafter Zurechnungsfähigkeit, wo die Bestimmungen der Crim.-O. zu so verschiedenen Auslegungen und Streitfragen geführt haben, ist hier nicht die Rede, sondern schon § 164, wo jedoch auf diesen Abschnitt verwiesen wird, dessen § 185 auch wohl die Streitfrage zu Gunsten der Sachkenner[42]) entscheidet.

Bei § 187—193 finde ich die Mängel verbessert, welche ich bei dem Entwurf v. J. 1851 § 165 geglaubt hatte, bemerklich machen zu müssen[43]).

Zu § 193 mag es gebilligt werden, auch die Lebensfähigkeit des lebendig geborenen Kindes festzustellen; doch darf diese nicht als solche den Thatbestand bestimmen, da zur Tödtung nur

---

[41]) Meine Abhandlung: „Die gerichtliche Medicin und das neue Strafverfahren" im Gerichtssaal, Jahrg. 1852, I, 118.

[42]) Deren Urtheil jedoch auch nur mittelbar in Betracht kommt, wo den Geschworenen eine besondere Frage über die Zurechnung vorgelegt wird. Daß zuweilen das Verdict dem Ausspruch der Sachverständigen entgegen lautet, ist auch schon vorgekommen. So die in der vorhergehenden Note angef. Abh., S. 148.

[43]) Meine Kritik, S. 74.

die Vernichtung des Lebens, auch wenn dieses, wie bei einem Todtkranken, ohnehin nicht länger hätte fortdauern können, gehört [44]).

Siebenter Abschnitt.

Von der Aufrechthaltung der Ordnung bei den Verhandlungen der Untersuchung.

Wenn ich die Bestimmungen der §§ 199, 200, 202, 203 recht verstehe, daß nämlich von Störungen, nicht blos durch den Angeklagten, sondern überhaupt durch irgend eine den Verhandlungen beiwohnende Person die Rede sei, so habe ich nichts zu erinnern und finde, was ich früher entgegnete [45]), jetzt berücksichtigt. Da hier nicht, wie in dem vorigen Entwurf, noch ein eigner Titel „von dem Verfahren von dem erkennenden Gerichte überhaupt“ sich findet, so ist, und wohl mit Recht, Alles hier zusammengefaßt. Die Ueberschrift: „Verhandlungen der Untersuchung“ könnte, wenn man das letzte Wort betont, zu begrenzt erscheinen. Unzweifelhaft gehören hierher auch die Handlungen der Voruntersuchung, wo freilich von anderen nicht betheiligten Personen eine Störung kaum zu besorgen ist, da hier nicht Oeffentlichkeit und Zutritt Nichtbetheiligter vorkommt; doch machen schon die Fälle des § 203 eine Ausnahme und bestätigen obige Ansicht.

Es spricht also § 199 allgemein, § 200 von der Sitzung des erkennenden Gerichts insbesondere — ohne Unterschied der Person des Störenden. Danach hebt § 201 den Fall hervor, „wo die §§ 199 und 200 vorgesehenen Maßregeln gegen einen Angeklagten in der Sitzung eines erkennenden Gerichts ergriffen werden“, und stellt also, indem der Nachdruck nicht blos auf die eine oder auf die andere dieser Voraussetzungen gelegt wird, einen zweifachen Gegensatz auf: einmal des Angeklagten gegenüber irgend einer andern Person, auf welche (obgleich nicht ausschließlich) sich die übrigen §§ beziehen, und dann des erkennenden Gerichts gegen

---

[44]) A. a. O., S. 77, und meine Abhandlung: „Ueber das Erforderniß der Lebensfähigkeit bei dem Thatbestande der Kindestödtung mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen“ in der Zeitschrift für deutsches Recht, Bd. XIX, 407 fg.

[45]) Kritische Betrachtung, S. 89.

das untersuchende. Dies und der ganze Inhalt des Abschnitts scheint zu billigen.

Sprachlich möchte ich eine Erinnerung machen gegen den Satz in § 200: „Befugnisse des vorhergehenden Paragraphen" und zugleich theilweise sachlich gegen die Fassung in § 199 hinsichtlich der wider den Störer zu verhängenden Verwahrung, „welche vierundzwanzig Stunden nicht übersteigen darf" und in § 203 „keinesfalls aber länger als vierundzwanzig Stunden". Es paßt nicht recht zu der ernst strengen Sprache, welche der Gesetzgeber dem Störer zuruft, wonach erwartet wird, daß er demselben verkünde, er habe durch sein ungebührliches Benehmen eine Strafe zu gewärtigen, „welche bis zu vierundzwanzig Stunden bestimmt werden könne", wenn statt dessen gleichsam zu seiner Beruhigung gesagt wird, was er auch verschulde, der Richter dürfe ihm nicht mehr, als vierundzwanzig Stunden, Gefängniß zuerkennen. Der Sinn und das praktische Ergebniß ist allerdings gleich: aber jene Fassung wäre wohl nur dann gerechtfertigt, wenn die Str.-Pr.-O. lediglich als eine Instruction für den Richter angesehen werden sollte, dem — übrigens mit gutem Grunde — eine Grenze seiner Befugnisse gesetzt würde. In der von mir vorgeschlagenen Fassung, welcher auch § 200 entspricht, wo in angemessener Weise gesagt ist: „Gefängnißstrafe bis zu acht Tagen" wird nicht minder, neben dem an die Spitze zu stellenden Recht des Richters, dasjenige der individuellen Freiheit auch formell wahrgenommen [46]).

Zehnter Titel.

Von Fristen und von Zustellungen, so wie von der Vollstreckung der gerichtlichen Beschlüsse und Verfügungen.

Alles hier Angeordnete verdient Zustimmung. Insbesondere scheint die § 206 bestimmte Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Bewirkung der Zustellung und Vollstreckung gerichtlicher Ver-

[46]) Die Erinnerung trifft auch unter andern die Hessen-Darmstädtische Str.-Pr.-O., Art. 212; nicht aber die Badische, die § 261, Abs. 2 eine bessere Fassung hat.

fügungen aller Art eben so wohl begründet, als die concurrirende unmittelbare Competenz des Untersuchungs- und des Polzeirichters in den bei diesen schwebenden Sachen.

Zu § 207 dürfte statt: „Eine Zustellung in Ausfertigung ist nur in den Fällen erforderlich, wo das Gesetz diese vorschreibt", was sich versteht, gesagt werden: „In welchem Falle eine Zustellung in Ausfertigung erforderlich ist, bestimmt das Gesetz."

Der zweite Satz ist nicht recht deutlich: „Die Zustellung von Vorladungen geschieht mittelst Bekanntmachung des Ortes, Tages und der Stunde des (gebotenen) Erscheinens (bez. der Verhandlung), sowie des Gerichts oder des Richters, vor welchem die Verhandlung stattfindet" (stattfinden soll). Was hier gesagt wird, ist der Inhalt der Vorladung, nicht die Zustellung. — Bei einer schriftlichen Vorladung (§ 208) ist wohl nicht gemeint, daß der dieselbe zustellende Beamte dies Alles noch mündlich sagen soll. Bei mündlicher Bekanntmachung kann man nicht eigentlich von Zustellung sprechen und der § 210 sagt daher ganz richtig, nicht, daß diese selbst eine Zustellung sei, sondern, daß sie „alle Wirkungen einer erfolgten Zustellung habe". Eine leichte Aenderung wird hier abhelfen.

Elfter Titel.

Von der Vertheidigung des Beschuldigten.

Die Motive bemerken, es sei im Wesentlichen das bisherige Recht beibehalten worden. So wie ich den Vorschlägen im vorigen Entwurfe geglaubt habe zustimmen zu sollen, so finde ich auch gegen die jetzigen nichts Erhebliches zu erinnern.

Daß unter Vertheidiger sowohl der Beistand des anwesenden, als der Vertreter des abwesenden Beschuldigten begriffen wird, da kein Bedürfniß vorliegt, die frühere Unterscheidung festzuhalten, entspricht einem von mir gemachten Antrage [47]); wie denn auch die wieder aufgenommene Zulassung von Doctoren der Rechte, § 216, Nr. 2, von mir zu dem Entwurf v. 1851 beantragt und auch in dem

---

[47]) A. a. O., S. 89.

Gesetze vom 3. Mai 1852 Art. 20, Nr. 2 angeordnet worden war[48]).

Es ist vielfach die Zulässigkeit der formellen Vertheidigung auch schon für die Voruntersuchung bevorwortet worden; ich selbst habe bedingt, d. h. für gewisse Handlungen, dies für wünschenswerth erklärt. So ist denn mit Zustimmung aufzunehmen, daß § 219 bei der Einnahme des Augenscheins die Zuziehung eines Vertheidigers, wo dieselbe verlangt wird, gestattet. Man wird dies im weitesten Sinne verstehen dürfen und z. B. auch bei Haus- und Durchsuchungen, so fern nicht die Dringlichkeit ein Hinderniß entgegenstellt, dies gelten lassen, da es sich hier nicht sowohl um rechtliche Erörterung, wie im contradictorischen Verfahren, sondern um Beistand und Vertretung handelt, und um die Bewirkung einer Sicherung, welche nicht nur dem Beschuldigten zu Statten kommt, sondern auch dem Untersuchungsrichter, und späteren Angriffen begegnet, die gegen dessen Verfahren gerichtet werden könnten.

Dagegen ist es genügend motivirt, daß eine eigentliche Vertheidigung, wie sie in den späteren Stadien des Verfahrens nothwendig oder doch zulässig ist, in der Voruntersuchung weder Bedürfniß noch räthlich sei. In der That würde dadurch das Vorverfahren in „eine schwerfällige Procedur verwandelt werden", vollends wenn „consequenter Weise auch" bei der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens die Vertheidigung sich betheiligen und Rechtsmittel einwenden dürfte. In dem ältern Untersuchungsprozeß hatte die sog. defensio pro avertenda inquisitione speciali

---

48) A. a. O., S. 88. Ich hatte eine Erweiterung des frühern § 200 dahin vorgeschlagen, „daß auch anderen Rechtsgelehrten, namentlich solchen, die die Juristische Doctorwürde erlangt haben, so fern nicht besondere Bedenken obwalten, die Erlaubniß ertheilt werde, eine Vertheidigung zu führen." Mit der Beschränkung auf solche, die an einheimischen Universitäten habilitirt sind (d. h. wohl für das Fach der Rechtswissenschaft), wird man sich einverstanden erklären dürfen. Zwischen den Doctoren der Rechte, welche sich der Praxis widmen, und also unter Nr. 1 und 3 als Rechtsanwälte oder Auscultatoren und Referendarien zu stellen sind, und den habilitirten Docenten der Rechte — also den beiden Kategorien, die eine Bürgschaft für die Qualification darbieten — stehen in der Mitte solche Personen, welche, obschon sie, wie anzunehmen, die Juristische Doctorwürde nur nach Darlegung der erforderlichen rechtswissenschaftlichen Bildung erlangt haben, doch nicht durch eine dauernde Beschäftigung mit dem Rechte, insbesondere dem im Lande geltenden, eine solche Gewähr zu leisten vermögen.

eine Bedeutung und Berechtigung, welche jetzt hinwegfällt. Wenn ich gleich nicht mit den Motiven anzunehmen vermag, „daß es dann besser wäre, offen zu dem alten Inquisitions-Verfahren zurückzukehren —", so finde ich dagegen die durch treffende Ausführung unterstützte Bemerkung wohlbegründet, „es werde kein erfahrener Praktiker in Abrede stellen können, daß ein so frühzeitiges Eingreifen des Vertheidigers in vielen Fällen der Ermittelung der Wahrheit sehr hinderlich sein würde".

In § 221 wird eine angemessene Bestimmung über die Benachrichtigung des erwählten Vertheidigers eines verhafteten Angeklagten von dem Termin der Hauptverhandlung getroffen. Wenn es nun Abs. 2 heißt: „Als verhaftet gelten auch Angeklagte, die sich in Strafhaft oder Schuldhaft befinden", so läßt sich, nicht gegen die Anwendung vorstehender Bestimmung auf letztere — denn diese ist durchaus begründet —, sondern gegen die Ausdrucksweise etwas erinnern. Denn diese Personen gelten nicht blos als Verhaftete, d. h. sie werden solchen im rechtlichen Sinne gleich geachtet, sondern sie sind wirklich verhaftet. Allerdings ist § 221, Abs. 1 nur der in Untersuchungshaft Befindliche gemeint. Abgesehen von dem (wegen eines andern Vergehens bereits verurtheilten und so noch) in Strafhaft Befindlichen, in Betreff dessen kein Zweifel obwalten wird, könnte freilich von einem Angeklagten, der in Schuldhaft ist, gesagt werden, daß er dem Strafgericht gegenüber nicht in Haft, nicht in Untersuchungsgewahrsam sei [49]). So mag denn der Satz nach seinem Inhalt nicht getadelt werden. Aber man könnte denselben etwas anders fassen, etwa: „Dasselbe ist auch zu beobachten in Betreff von Angeklagten, die sich in Strafhaft oder Schuldhaft befinden."

Wenn der Vertheidiger durch seine Verschuldung eine Verlegung der Hauptverhandlung nothwendig macht, so ist es wohl

---

[49]) Ich gebe zu, daß bei dem Gegensatz derer, die während der Untersuchung in gefänglicher Haft des Gerichts sind, und derer, welche auf freiem Fuße procedirt werden, jene mittlere Kategorie unter einen andern Gesichtspunkt fällt. Die Acten werden, wie es sich auch äußerlich und meist schon auf dem Umschlag und der Bezeichnung ausspricht, dort die Sache als Haftsache, hier anders bezeichnen. Aber der praktische Unterschied zwischen solchen, die der Freiheit entbehren, sei es wegen Untersuchungs- oder einer andern Art von Haft, und solchen, die sich im Gebrauche der Freiheit (in diesem Sinne) befinden, ist hier der durchgreifende.

gerechtfertigt, daß ihm nach § 223, Abs. 2 der Ersatz der durch die Erneuerung des Verfahrens erwachsenen Kosten auferlegt werde; auch will ich nichts dagegen erinnern, daß dieser Ersatz ihm nur auferlegt werden kann, nicht unbedingt muß: denn die Fälle der Verschuldung sind sehr verschieden. Aber das „in Disciplinarwege" würde ich streichen. Es herrscht einmal ein (gewiß oft unbegründetes) Mißtrauen gegen unser Disciplinarverfahren, und hier handelt es sich um eine Verschuldung, deren rechtliche Folgen auch nach Prüfung der Sache ohne Schwierigkeit im Wege Rechtens ausgesprochen werden könnte. Ein förmlicher Civilprozeß braucht deshalb nicht eingeleitet zu werden[50]).

Zwölfter Titel.

Von dem Hauptverfahren im Allgemeinen.

Mit diesem Titel beginnt der eigentliche Criminalprozeß, zu dem das Bisherige die Voraussetzung, Begründung in der Voruntersuchung, Gebrauch der dazu erforderlichen rechtlichen Maßregeln, enthält.

Eine doctrinelle Darstellung wäre nicht am Orte; sonst ließe sich gegen die Rubricirung Einiges erinnern. Unmittelbar unter jener Ueberschrift steht weiter:

Erster Abschnitt.

Von der Vorbereitung der Hauptverhandlung.

Die hier getroffenen Bestimmungen, im Ganzen sich dem anschließend, was auch früher und in anderen Gesetzgebungen angenommen war und ist, sind zu billigen. Was in den §§ 233 bis 235 über die Benennung der Zeugen und Sachverständigen von

---

[50]) Bei dieser Gelegenheit gedenke ich auch der oft berührten Fragen, bez. Klagen über die ungleiche Stellung der Staatsanwaltschaft und der Vertheidigung, gegenüber dem erkennenden Gerichte, rücksichtlich der letzterem zustehenden Befugnisse zu Rügen 2c.

Seiten der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten verordnet wird, kann, um dem Zwecke zu entsprechen, nur dann in gehöriger und genügender Weise erfolgen, wenn die Voruntersuchung (wo solche überhaupt als nothwendige, oder doch zulässige, stattgefunden hatte) mit der erforderlichen Gründlichkeit veranstaltet worden war. Es soll an dieser Stelle eine Ausführung mittelst Anwendung auf den Inhalt der in Bezug genommenen §§ nicht geliefert werden. Das, was ich oben und sonst dargethan habe[51]), bestätigt sich hier. Es ist nothwendig, alle Nachtheile zu vermeiden, welche in Folge früherer Unterlassung oder Verzögerung entstehen könnten[52]).

Der § 234 könnte eiue Beschränkung der Vertheidigung enthalten, in so fern gegenüber dem Antrage des Angeklagten auf Vernehmung bestimmter Personen als Zeugen der Staatsanwaltschaft zusteht, wenn sie „erachtet, daß die angeführten Umstände ohne Einfluß auf die Beurtheilung der Sache seien, oder sonstige Bedenken findet, dem Antrage des Angeklagten statt zu geben, hierüber unverzüglich den Beschluß des Gerichts einzuholen, welcher dem Angeklagten, insoweit dadurch sein (vielmehr „dessen") Antrag zurückgewiesen worden, bekannt zu machen ist." Ich habe jedoch diese, auch sonst und in dem früheren Entwurf sich findende Bestimmung als gerechtfertigt erkannt[53]), da sie geeignet und fast unentbehrlich ist, um großen Mißbräuchen zu begegnen. Soll sie aber im Sinne der Gerechtigkeit angewendet werden, so ist besondere Vorsicht nothwendig, und Alles zu vermeiden, was den Vorwurf eines überwiegenden Einflusses der Staatsanwaltschaft und einer ungleichen Vertheilung der Rechte im Verhältniß zu der Vertheidigung Raum geben könnte. Daß unter Gericht hier überall das erkennende, vor dem das Hauptverfahren stattfinden soll, zu verstehen sei, habe ich früher bemerkt[54]). „Der Bestimmung des Gerichts unterliegt auch die Zahl der vorzuladenden Zeugen, falls deren mehrere über einen und denselben Umstand in Vorschlag gebracht worden sind." Hier wäre Mehreres deutlicher zu sagen. Es kann zweifelhaft erscheinen, ob das Gericht für sich, oder nur

---

[51]) S. die angef. Schrift: „Ueber die Nothwendigkeit und den Werth gründlicher Voruntersuchung in Strafverfahren."

[52]) Meine angef. kritische Betrachtung, S. 124, 141.

[53]) A. a. O., S. 125.

[54]) A. a. O., S. 125.

auf Antrag der Staatsanwaltschaft solche Bestimmung treffen solle. Der Zusammenhang mit dem unmittelbar vorhergehenden Satze ist nicht so nahe, und auch die Wortfassung: „Der Bestimmung" nicht: „dieser" oder „solcher" nicht so, daß man letzteres annehmen müßte. Ferner handelt es sich nicht blos von der Zahl, sondern, was schon in den Worten: „vorzuladenden Zeugen" liegt, von der Auswahl unter den mehreren Vorgeschlagenen; wo dann der Vertheidiger zu hören wäre. Auch hier werden die Bedenken sich eher heben, wenn eine gründliche Voruntersuchung vorausgegangen ist.

Der letzte Absatz räumt dem Angeklagten die Befugniß ein, auch selbst Zeugen und Sachverständige zur Sitzung zu gestellen, „in welchem Falle (?) (es genügt zu sagen: „welche" auf 2c.) jedoch diese Personen auf Entschädigung aus Staatsmitteln keinen Anspruch haben." Dies mag sich wohl auf das Vorhergehende beziehen, wonach solche Zeugen zurückgewiesen worden sind. Denn dann muß man diese mindestens auf Kosten des Angeklagten zulassen. Ohne wenigstens den andern Weg versucht zu haben, wird, nach dem Rath seines Vertheidigers, der Angeklagte nicht von dieser Befugniß Gebrauch machen.

Man darf von der mit der Gerechtigkeit zu vereinigenden Humanität einsichtsvoller Richter erwarten, daß die Bedenken nicht Platz greifen, die man sich bei diesen Bestimmungen nicht zu verhehlen vermag.

In § 235 a. E. „eigener Antrieb" ? Es ist das wohlverständige Ermessen und danach der Antrag der Staatsanwaltschaft, zu dem sie sich entschließt.

Zweiter Abschnitt.

Von der Hauptverhandlung.

Gleich der erste § 237, welcher an der Spitze des Abschnittes steht, leidet wieder an einer Undeutlichkeit oder Ungenauigkeit. Nachdem gesagt ist, daß alle zur Besetzung des Gerichts erforderlichen Personen, nämlich „die zur Entscheidung berufenen Richter und Geschworenen, der mitwirkende Beamte der Staatsanwaltschaft und der Gerichtsschreiber der ganzen Hauptverhandlung beiwohnen müssen, bei Vermeidung der Nichtigkeit[55])", heißt es Abs. 2:

[55]) Kurz und gut: Baden, § 227.

„Bei Verdollmetschungen der Anklageschrift — an einen Angeklagten — bedarf es der Gegenwart der beisitzenden Richter nicht."

Wenn hier nicht etwa gemeint ist, daß die Anklageschrift dem Angeklagten schon früher zugestellt werde (§ 229), und dann, wo eine Verdollmetschung nöthig ist, nicht das ganze erkennende Gericht gegenwärtig zu sein braucht — was sich schon von selbst versteht —, so ist zunächst die Vorschrift — die dann ihre Stelle nicht hier bei „der Hauptverhandlung" haben durfte — gerade bei dieser bedenklich. Bei Allem, was in der Hauptverhandlung vorgeht, müssen sämmtliche Richter, und überhaupt bei dieser ganzen Verhandlung von dem Momente an, wo die Sitzung als eröffnet erklärt wird, bis zu dem Schlusse ununterbrochen anwesend sein. Dies bestimmt Abs. 1 ganz richtig, obschon derselbe besser gefaßt sein könnte. Es ist ebenso gegen die würdige Haltung als gegen die Forderungen, die im Interesse einer gerechten und sichern Verfahrungsweise gemacht werden müssen, daß sich einzelne Richter während der Hauptverhandlung selbst auch nur für die Dauer der Vorlesung einer Uebersetzung der Anklageschrift entfernen dürften. Vollends da Abs. 2 außer dieser Schrift noch „anderer in deutscher Sprache abgefaßter Schriftstücke" gedenkt, deren Vorlesung (auch wenn sie bereits früher stattgefunden hätte) mitten in die Verhandlung fällt.

Also entweder dies ist nicht der Sinn, dann aber die ganze Bestimmung hier überflüssig, oder wenn es dennoch gemeint wäre, wie es den Anschein gewinnt, indem Absatz 1 die Regel, Absatz 2 eine Ausnahme aufstellt, so muß man sich dagegen erklären. Nicht blos, weil schon bei Gelegenheit dieser Vorlesung, insbesondere der zum Beweise dienenden Schriftstücke, Einwendungen oder Erläuterungen des Angeschuldigten oder seines Vertheidigers vorkommen können.

Die in § 238 erwähnten Ergänzungsrichter, deren Zuziehung stattfinden kann, sind nicht mit den beisitzenden identisch: denn aus letzteren, deren Bestimmung sich nicht findet, soll nöthigenfalls der Vertreter des Vorsitzenden genommen werden. Der Sprachgebrauch des Entwurfs ist aber § 14, 18 2c. Mitglieder (nicht Beisitzer) des Gerichts.

Unzweifelhaft bezieht sich die ganze Hauptverhandlung auf die Begründung des Erkenntnisses, welches der nächste Zweck ist. Insofern möchte nichts erinnert werden gegen § 237: „Die zur Entscheidung berufenen Richter und Geschworen, der mitwirkende

Beamte der Staatsanwaltschaft ꝛc. —". Die Mitwirkung des letztern ist eine unentbehrliche bei dem ganzen Verfahren, und so mittelbar auch für die Entscheidung, bei der jener jedoch unmittelbar nicht mitwirkt. Es wäre besser, theils nicht die Entscheidung allein zu nennen, theils dieser Mitwirkung nicht in Beziehung auf jene zu gedenken.

Vor „Berathungen" in § 238, „denen die Ergänzungsrichter beizuwohnen haben, ohne an denselben Theil zu nehmen", dürfte der „Verhandlungen" gedacht werden. Wo das Wort im Anfang dieses § vorkommt, als Bedingung der Zuziehung, hat es einen andern Sinn. Ueberhaupt ist der Satz: „Bei Verhandlungen von längerer Dauer können Ergänzungsrichter zugezogen werden, welche ꝛc. —" nicht scharf genug abgefaßt. Wenn sich erst bei den Verhandlungen, die möglicherweise über Erwartung von längerer Dauer sind, das Bedürfniß ergibt, auf welchem die facultative Zuziehung beruht, so kommt diese zu spät. Der Gedanke ist: Zu Verhandlungen die voraussichtlich länger (d. h. mehr als einen Sitzungstag) dauern, können, bez. müssen sog. Ergänzungsrichter und zwar gleich von Anfang an zugezogen werden, welche den ganzen Verhandlungen und, für den Fall, daß ihr (oder eines Einzelnen) Eintreten nothwendig würde, den Berathungen beizuwohnen haben, letztere allerdings ohne selbst Theil zu nehmen, solange sie nicht berufen sind.

§ 250: „Bei Bestimmung des Umfangs der Beweisaufnahme ist das Gericht an die Anträge der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten nicht gebunden", ist insofern zu billigen, als darin die Befugniß des Gerichts ausgesprochen ist, über die Anträge hinaus die Beweisaufnahme auszudehnen, wie dies, auf der Grundlage einer möglichst erschöpfenden Voruntersuchung, sich auch aus § 253, 261, 271 und 333 ergibt. Dieses selbstständige Ermessen, ohne an die Anträge gebunden zu sein, würde aber, da mit dem Umfang nicht blos die Ausdehnung, sondern auch die Begrenzung gegeben ist, sich in letzterm in einem Herabgehen unter die Anträge äußern können und somit § 250 schon das mitenthalten, was § 251 bestimmt: „Die Aufnahme von Beweisen, welche auf die Beurtheilung der Sache ohne Einfluß sind, kann selbst dann abgelehnt werden, wenn das Beweismittel zur Stelle ist." Es ist dies in der That nur eine Folgerung aus § 251, deren es gar

nicht bedürfte, wenn nicht der Schlußsatz für nöthig erachtet worden wäre.

Aber die Bestimmung, so wie sie hier steht, scheint bedenklich. Selten wenigstens wird sofort und von dem die Verhandlung leitenden Vorsitzenden eine solche Würdigung, ob die Beweise (von oder) ohne Einfluß auf die Beurtheilung sein würden, stattfinden. Zwar beruhigt uns § 261, welcher unter der Randrubrik: „Verfahrensweise bei der Bestimmung des Umfanges der Beweisaufnahme" — zunächst das Ermessen des Vorsitzenden entscheiden läßt, und demselben, bei „der Pflicht mit allen Kräften dahin zu wirken, daß die Wahrheit ans Licht gebracht werde" ausgedehnte Befugnisse einräumt[56]). Es verdient dies ebenso Billigung, als was motivirend bemerkt wird, daß „der Vorsitzende die zur wirksamen Leitung der Verhandlung erforderlichen Befugnisse, als Träger der dem Gerichte zustehenden Gewalt ausübe, nicht als Inhaber einer nur ihm verliehenen sog. discretionären Gewalt, wie solche in den Art. 268 fg. der Rhein. Straf-Proz.-O. dem Assisen-Präsidenten beigelegt ist". Insbesondere aber § 262, welcher, sowohl bei Widerspruch gegen die Zulässigkeit einer Handlung der Beweisaufnahme von irgend einer Seite (Abs. 1), als wenn der Vorsitzende eine beantragte Beweiserhebung vorzunehmen Bedenken trägt, die Entscheidung des Gerichts anordnet, welche in dem einen und andern Falle mit den Gründen verkündet werden muß. Man wird nämlich nicht irren, wenn man das „Bedenken trägt" keineswegs so wörtlich nimmt, daß, falls etwa der Vorsitzende erklärt, es sei ihm unbedenklich, den Antrag abzulehnen, der Beschluß des Gerichts als entbehrlich hinwegfiele. Immer würde es sich empfehlen, bei § 250, 251 auf die §§ 261, 262 zu verweisen. So wird gleich § 252, bei der Zurückweisung von Anträgen des Angeklagten auf Herbeischaffung von Beweisen, welche nicht schon zeitig vor der Sitzung angebracht worden, der § 234 in Bezug genommen. Wie aber hier „das Gericht ohne nähere Prüfung zurückweisen könne, wenn es der Ueberzeugung ist, daß der Antrag nur auf Verzögerung der Sache abziele", lasse ich unerörtert. Eine Ueberzeugung fordert Gründe, und diese sind doch zu prüfen. Es ist nicht die Rede von individueller Ueberzeugung des Einzelnen, des Vorsitzenden, sondern von der dem Gericht zustehenden Zurückweisung.

---

[56]) Kritische Betrachtung, S. 128 fg.

Daß § 252 den Satz „Anträge" (in der Mehrheit) an die Spitze stellt, dann am Schluß von „dem Antrage" spricht, sei als etwas Aeußerliches, doch aber leicht zu Vermeidendes, im Vorübergehen bemerkt.

Der § 253 über die Ausdehnung der für erheblich erachteten Beweisaufnahme verdient volle Billigung, und entspricht den Forderungen des Rechts.

In § 254 dürfte die Reihenfolge der Sätze eine andere sein. Der erste Absatz lautet: „Die in § 172 unter Nr. 1 und 2 genannten Personen können uneidlich vernommen werden, wenn eine gegen sie selbst begangene That den Gegenstand der Anschuldigung bildet. (Statt „Anschuldigung" dürfte, diesem Abschnitt entsprechend, gesetzt werden: „Verhandlung".) Nun bestimmt der § 172, Nr. 1 und 2: „Es dürfen als Zeugen nicht vereidet werden: 1) Die in Folge strafgerichtlicher Verurtheilung zur Ableistung des Zeugeneides unfähigen Personen; 2) Personen, welche zur Zeit ihrer Vernehmung das vierzehnte Jahr noch nicht zurückgelegt haben." Somit versteht sich von selbst, daß diese Personen doch überhaupt vernommen werden dürfen, nur nicht im eigentlichen Sinne als gültige Zeugen, nicht unter Belegung mit dem Zeugeneide.

Der nun folgende Satz: „Im Uebrigen (ein Wort, welches schon durch das gleich weiter Gesagte entbehrlich wird) sollen Personen, welche als Zeugen nicht vereidet werden dürfen, überhaupt nicht vernommen werden" — stellt die Regel auf, welche an die Spitze zu stellen wäre. Dann kämen die Ausnahmen, deren eine die eben erwähnte ist, während noch eine andere, sehr weit gehende Ausnahme nunmehr und richtig, hinter die Regel gesetzt wird: „Das Gericht kann jedoch die uneidliche Vernehmung beschließen, wenn es dieselbe, aus besondern Gründen, der Entdeckung der Wahrheit förderlich erachtet. Dieser Beschluß muß, bevor die Abhör erfolgt, verkündet werden." Es ist hier nicht, wie § 262, auch die Verkündung der Gründe vorgeschrieben. Man wird annehmen dürfen, daß diese nicht verkündet werden sollen, und es scheint dieses vollkommen gerechtfertigt.

Dem § 255, über die Zulässigkeit des Verzichts auf ein Beweismittel, nur wenn die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte darüber einverstanden sind[57]), ist mit Recht hinzugesetzt: Selbst in

[57]) Wörtlich ebenso z. B. Baden § 243 und Darmstadt Art. 312, letzteres jedoch mit dem Zusatze, den unser Entwurf enthält.

diesem Falle kann der Verzicht von dem Gerichte unberücksichtigt gelassen werden". Die Stellung würde bei und nach § 250 sein.

In Betreff des § 265, wonach die in der Hauptverhandlung zu vernehmenden Zeugen auf den schon im Vorverfahren geleisteten Eid verwiesen werden, beziehe ich mich auf die Bemerkungen zu § 174.

Die §§ 276, 277 haben zwar die Rubrik: Form des Urtheils", doch ist darin nicht Alles gesagt, was hier in Betracht kommt. Aus § 273 „Inhalt des Urtheils", welches die Entscheidung, sowohl in der Hauptsache, als wegen der Kosten, und die Entscheidungsgründe enthalten muß, ist nicht unbedingt zu schließen, daß diese beiden Haupttheile, wie es in dem frühern schriftlichen Verfahren beobachtet wurde, von einander getrennt und in der angegebenen Folge abgefaßt werden müßten. Die Schwerfälligkeit, die Gründe und bez. Widerlegung der scheinbaren Gegengründe (rationes decidendi et dubitandi) in der Form der sog. Erwägungen dem Tenor des Erkenntnisses vorausgehen zu lassen, wie es in Frankreich üblich ist, wird allgemein erkannt [58]), und es empfiehlt sich diese bei uns theilweise angenommene Methode nur bei sehr einfachen Sachen. Obschon es richtig ist, daß formell sich recht eigentlich das Urtheil als der folgerichtige Schluß aus dem Vordersatze herausstellt [59]). Bedürfniß ist diese Form am wenigsten bei der Oeffentlichkeit der Verhandlungen. Dieser Gesichtspunkt der Oeffentlichkeit wird wohl auch verhindern, daß § 278, Abs. 2: „Im Uebrigen (was wegbleiben könnte) hat jeder Angeklagte das Recht, eine Abschrift des Urtheils, und zwar, wenn er freigesprochen worden ist, unentgeldlich zu verlangen" zu der Streitfrage Anlaß gebe, welche nach der Crim.-O., § 534, sich an die verschiedene Auslegung der Worte: „Erkenntnißformel" und „kostenfrei" knüpfte — ob nämlich die Mittheilung der Gründe vorenthalten werden dürfe oder nicht. Man wird jetzt keinen Anstand nehmen, überall die Gründe, und im Fall der Freisprechung, auch wohl unentgeldlich mitzutheilen, sollten sie auch, wie ich voraussetze, nicht dem Urtheil eingeschaltet sein.

In Betreff des § 279, Abs. 1: „Ergeben sich aus der Verhand-

[58]) S. die Abh. von v. Kräwel: „Ueber Inhalt und Form der Urtheilsgründe" im Gerichtssaal, 1859, S. 103, insbesondere S. 120.

[59]) Vgl. meine Abhandlung: „Das richterliche Urtheil nach Recht und Gesetz" im Archiv des Criminalrechts, J. 1856, S. 40 ff.

lung genügende Anzeigen dafür, daß der Angeklagte eine andere als die in der Untersuchung fragliche strafbare That begangen habe, so —" ist zunächst zu bemerken, daß nicht blos Anzeigen zu verstehen seien, sondern überhaupt genügende Gründe zu der Annahme, welche auch in andern Beweisen bestehen können, und dann müssen wenigstens für den hier erwähnten Fall die Bedingungen eines Haftbefehls vorliegen. „Eine andere als die in der Untersuchung fragliche That" — ist nicht genau genug gefaßt. Ich spreche nicht von der „in der Untersuchung fraglichen That", die wenigstens soweit nicht blos fraglich ist, als eine Versetzung in den Anklagestand gerechtfertigt war; aber andere That könnte zweierlei bedeuten. Einmal, daß die That unter einem andern Gesichtspunkte, als die Anklage aufstellte, strafbar erschiene, aber unter Umständen, wo noch eine weitere Vorbereitung des Verfahrens nöthig wäre. Das muß jedoch zurückgewiesen werden, da diese Annahme als Ergebniß der Verhandlungen mehr liefern müßte, als blos genügende Anzeigen, und da dann nicht gesagt werden könnte: „selbst nach erfolgter Freisprechung". Denn diese wäre in solchem Fall so wenig bedingt, als, wie das „selbst" andeutet, die unter andern Voraussetzungen nicht ausgeschlossene Verurtheilung wegen dieser (fraglichen) That. Sodann — und dies ist wohl der Sinn — daß noch eine andere, als die fragliche That, von dem jetzt Angeklagten verübt sei. Also eine solche, die nicht an die Stelle („andere, als") dieser That, sondern neben dieselbe tritt, wie auch über erstere entschieden werden möge. Das bedarf aber einer deutlicheren Fassung.

Bei dem Abs. 2, über den genügenden Verdacht des von einem Zeugen begangenen Meineides (bez. Eidesbruches), wo in Anknüpfung an das Vorhergehende der Antrag der Staatsanwaltschaft erfordert wird, finde ich eine gegen § 318 des vorigen Entwurfs gemachte Erinnerung berücksichtigt [60]). Auf das von mir dort Bemerkte darf ich hier überhaupt Bezug nehmen. Die Bestimmung selbst — in einigen Gesetzgebungen erweitert durch Zulassung des Antrags des Angeklagten oder seines Vertheidigers — ist durch Berufung auf die Stellung der Staatsanwaltschaft so motivirt, daß sie für angemessen, aber auch für ausreichend erachtet werden darf.

60) A. a. O., S. 133.

Dreizehnter Titel.

Besondere Vorschriften für das Verfahren in schwurgerichtlichen Strafsachen.

Erster Abschnitt.

Von den Schwurgerichtshöfen.

Die §§ 280—284 bestätigen im Wesentlichen das schon geltende Recht. Bedenken werden, obgleich meines Wissens die Erfahrung keinen Grund zu solchen giebt, gegen die § 283 dem Justiz-Minister beigelegte Befugniß zur „Ernennung der Vorsitzenden der Schwurgerichtshöfe für jeden Appellationsgerichtsbezirk aus der Zahl der in denselben angestellten Richter, auf ein Jahr" von Seiten derer möglicherweise erhoben werden, welche darin irgend eine Gefahr für die Unabhängigkeit der Rechtspflege, oder eine unstatthafte Beeinflußung besorgen. Diese Besorgniß scheint ungegründet [61]). Der Vorsitzende hat, außer der Ehre, bei dem schweren, verantwortlichen und wenig dankbaren Geschäfte der Leitung der Verhandlungen keine Vortheile, und soll sie nicht haben. Wo nur aber auch alle im Bezirk angestellten Richter gewählt werden können, fällt jeder Verdacht der Ausübung eines unerlaubten Einflusses hinweg, für welchen auch, und gerade wo die wichtigste Frage von den Geschworenen entschieden wird, kein Raum bleibt. Nicht ganz deutlich ist es gesagt, aber es ergibt sich doch aus dem Zusammenhange, daß nicht nur mehrere „Vorsitzende" für die verschiedenen Schwurgerichtshöfe in der bezeichneten Weise, sondern daß zugleich für jeden einzelnen Schwurgerichtshof mehrere Vorsitzende auf Ein Jahr ernannt werden, aus welchen dann für die einzelnen Sitzungsperioden der Erste Präsident die Auswahl trifft. Berücksichtigt man dies, so wird umsomehr der unwürdige Verdacht eines Mißbrauchs zurückgewiesen, als für die Dauer eines Jahres es ganz unmöglich ist, die Fälle, welche zur Verhandlung kommen, voraus zu kennen. Diese Kenntniß findet erst statt, wenn es sich um die Auswahl für die einzelnen Sitzungsperioden handelt. Hier wirkt der Justiz-Minister nicht mit, der Präsident des Appell.-

[61]) Doch haben manche Gesetzgebungen eine solche Bestimmung nicht; weichen aber unter einander ab über die Art und Competenz der Bestellung der Vorsitzenden und der Richter, z. B. Oesterreich § 312, Württemberg Art. 344, Baden § 266, Hessen-Darmstadt Art. 23.

Ger. aber wird sich nach seiner Personalkenntniß durch die Rücksicht auf die besondere, wohl auch schon bewährte Tüchtigkeit für die zu verhandelnden Sachen, nicht durch andere Rücksichten bestimmen lassen. Eine Auswahl aber, statt ein für allemal berufener Vorsitzenden, ein Wechsel empfiehlt sich aus verschiedenen Gründen.

Dennoch könnte man sich auf andere Gesetzgebungen beziehen, welche hier dem Justiz-Minister gar keine Mitwirkung gestatten, und sofort die höchste Obergerichtsbehörde des Bezirks mit der Wahl beauftragen, welche, wie ich bereits oben bemerkt habe, in solchen Fällen sich gutachtlich zu äußern Gelegenheit hat. Die übrigen Mitglieder werden aus den bei dem betreffenden Gerichte erster Instanz angestellten Richtern genommen. Zwar ist nicht gesagt, wer diese auswählen solle, und es wird bei der bisherigen Praxis bleiben; aber auch hierin liegt — wenn es nöthig wäre — ein Gegengewicht.

Zweiter Abschnitt.

Von der Berufung zum Geschworenen-Dienste.

Streng genommen dürften die hierauf sich beziehenden organischen Bestimmungen, welche für das Strafverfahren Voraussetzung sind, deren Anwendung aber mit dem im einzelnen Fall zu beobachtenden Verfahren, wie es die Straf-Proz.-Ordnung vorschreibt, nicht in unmittelbarer Verbindung steht, eine andere Stelle erhalten, wie dies unter andern in dem vorigen Entwurf und in der Oesterreich. Straf-Proz.-Ordn. v. J. 1864 geschehen[62]). Ueber den Inhalt der §§ 285—299 habe ich, indem ich mich auf frühere Aeußerungen beziehe[63]), nichts Erhebliches zu bemerken. Gegen das jetzt geltende Recht sind einige Aenderungen bez. Verbesserungen getroffen, welche gut motivirt erscheinen. Allerdings kömmt es hier „auf individuelle Eigenschaften an, deren Vorhandensein in Betreff jeder einzelnen zu berufenden Person besonders geprüft werden muß“ und „es läßt sich die Qualification zum Dienste als Geschworener nicht ein für allemal nach gewissen Kategorien

[62]) Auch Württemberg, Baden und Hessen-Darmstadt haben in besonderen, der Strafprozeß-Ordnung am Schlusse beigegebenen Gesetzen, diesen Gegenstand behandelt.

[63]) A. a. O., S. 241.

festsetzen". Die wichtige Frage, von welchem Organ die Auswahl ausgehen soll, wird, mit weiterer Ausführung (S. 127) dahin beantwortet, daß der Entwurf, indem er dies Geschäft den localen Einflüssen entzieht, sich dem bestehenden Rechte anschließe. „Der Entwurf substituirt jedoch dem Regierungs-Präsidenten den Ersten Präsidenten des Appellationsgerichts." Während dabei dennoch auch die Erfahrungen anderer, insbesondere der Verwaltungsbeamten benutzt werden können, „führt die Uebertragung der Auswahl an den Appell.-Gerichts-Präsidenten den erheblichen Vortheil mit sich, daß dadurch dies Geschäft in den Mittelpunkt der schwurgerichtlichen Rechtspflege verpflanzt und demjenigen richterlichen Beamten anvertraut wird, welcher das unmittelbarste amtliche Interesse dabei hat, daß jene Rechtspflege in seinem Departement sachgemäß gehandhabt werde, und der zugleich in der Lage ist, bei der Aufstellung der einzelnen Sessions-Verzeichnisse auf die Eigenthümlichkeit der zur Verhandlung anstehenden Sachen Rücksicht zu nehmen"[64]). Gegen die „begutachtende Thätigkeit der Staatsanwaltschaft" werden sich ohne Zweifel Manche erklären. Ich beziehe mich auf das, was oben bemerkt ist[65]).

Dritter Abschnitt.

Von der Bildung des Schwurgerichts.

Die hiervon handelnden Bestimmungen gehören unzweifelhaft an diese Stelle. Sie beziehen sich auf den besondern Fall der Verhandlung und bilden einen wesentlichen Bestandtheil des schwurgerichtlichen Verfahrens. Auch werden hier im Ganzen in allen Gesetzgebungen gleiche Grundsätze beobachtet. Ueber Einzelnes, z. B. die Höhe der Geldbuße, welche einem unentschuldigt ausbleibenden Berufenen aufzuerlegen rc., lassen sich verschiedene Ansichten aufstellen; ich finde keine Veranlassung, mich gegen diese und andere besondere Bestimmungen zu erklären. Andere sind durch

---

64) Ausführlicher habe ich die verschiedenen Systeme — wobei ich dem jetzt vorgeschlagenen den Vorzug gegeben, unter Vergleichung der besondern Gesetzgebungen geprüft in meinen: „Betrachtungen über die Verordnung v. 3. Jan. 1849", Beilageheft zum Archiv des Crim.-R, J. 1849, S. 39.

65) S. oben zu § 18.

den Organismus der Sache und die feststehende Praxis, z. B. daß aus 24—30 Berufenen, 12 Geschworene ausgelooſt werden, wie bei der Ablehnung ꝛc. zu verfahren, so geboten, daß sich nirgends eine Abweichung findet. In § 300 dürfte gesagt werden, daß die Vorladung schriftlich erfolgen solle: doch ist auch dies wohl selbstverständlich.

Vierter Abschnitt.

Von der Verhandlung vor den Geschworenen.

Allerdings muß, wie § 325 vorschreibt, mit der Feststellung der persönlichen Verhältnisse, insbesondere der Identität der Person des Angeklagten begonnen werden, bevor die Anklage, welche wider diesen gerichtet ist, vorgetragen werden kann. Man vermißt den Uebergang von dieser, im ersten Absatz enthaltenen Bestimmung, zu dem zweiten Absatz, bei welchem die Worte: „insofern die Staatsanwaltschaft es nicht vorzieht" ersetzt werden könnten durch eine ausdrückliche Vorschrift, daß es der Staatsanwaltschaft nach ihrem Ermessen auch überlassen werde, die Anklage selbst mündlich vorzutragen.

Der § 326, welcher näher den Gang des Verfahrens im Allgemeinen schildert, soll nicht eine den Vorsitzenden bindende Vorschrift enthalten. Sonst würde man sich dagegen erklären müssen. Es ist die Rede von dem Fall, wo der Angeklagte die Frage, mit der das Verhör beginnt: „ob er sich schuldig bekenne!" verneint. Von dem andern Falle des Schuldigbekennens wird im folgenden Abschnitt, § 354, gehandelt. Wenn hier zuerst Verhör, dann nach dessen Beendigung die Beweisaufnahme genannt werden, woran sich die Ausführungen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten oder seines Vertheidigers schließen, so ist dies so wenig streng wörtlich zu nehmen, als es sich praktisch, ohne Nachtheil für den Zweck des Verfahrens, durchführen läßt. Denn es ist eine solche Trennung, wonach überall erst das Verhör beendigt sein müßte, ehe zur Beweisaufnahme geschritten wird, oft unmöglich, oft nicht rathsam, vielmehr wird meist das Verhör des Angeklagten und die Beweisaufnahme, als ein in seinen verschiedenen in einander greifenden Theilen vor sich gehender Act erscheinen, wie denn auch nicht blos am Schlusse jene Ausführungen vorkommen, sondern während des

Verhörs und der Beweisaufnahme sich für die Betheiligten die Gelegenheit ergibt, ihre Rechte von ihrem Standpunkte aus wahrzunehmen — ja, eine Entscheidung über einen zweifelhaften Punkt (249, 262) herbeizuführen.

Im Absatz 3 heißt es: „Die hierän sich schließenden Ausführungen haben sich auf die dem Ausspruche der Geschworenen unterliegenden Gesichtspunkte zu beschränken.“ Schon diese Ausdrucksweise erscheint mißlich. Der Gesichtspunkt, von welchem aus etwas betrachtet wird, oder werden soll, ist nichts unterliegendes, vollends nicht einem Ausspruche. Doch dies ist leicht zu verbessern. Der Gedanke mag als richtig zugegeben werden; denn sofern die Anklage richtig gestellt und begründet ist, die ganze contradictorische Verhandlung — welches auch ihr Ergebniß sei — dieser entspricht, möge sie zur Bestätigung oder Entkräftung dienen, oder nur der Sache eine andere Gestalt verleihende Ermittelungen darbieten — immer werden die Ausführungen mit Rücksicht auf das, was den Geschworenen zur Entscheidung vorgelegt werden soll, stattfinden müssen. Nur ist nicht zu übersehen, daß nicht überall, selbst bei der zuerst gedachten Voraussetzung, dies, oder der „Gesichtspunkt“ feststeht, daß die Fragen an die Geschworenen nun erst entworfen oder abgefaßt werden und daß daher von einer Beschränkung umsoweniger die Rede sein sollte, als gerade gegen diese von der einen oder andern Seite ein Widerspruch erhoben und die Art der Fragestellung Gegenstand einer contradictorischen Verhandlung und der gerichtlichen Entscheidung werden kann (§ 336). Es sollen ja nach § 337 die Anträge in Bezug auf die Fragestellung — bei Gelegenheit der Ausführungen über das Ergebniß der Beweisführungen begründet und erörtert werden. Nur ausnahmsweise kann nach § 338 die Festsetzung und Verlesung der vorzulegenden Fragen — vor den Ausführungen — eintreten. Und dann mag man jene Beschränkung gerechtfertigt finden. Hiervon abgesehen, wird es, ehe die Fragen, über deren Feststellung gestritten werden dürfte, abgefaßt sind, ebenso für den Vorsitzenden schwer, oft unmöglich sein, zu erkennen, wo die Schranke sei, deren Ueberschreitung er zu begegnen hat, als es für die unparteiische Handhabung der Rechtspflege bedenklich erscheinen muß, in einer Weise den Ausführungen eine Grenze oder Schranke zu setzen, welche als eine Rechtsverweigerung angefochten werden könnte.

Die Bestimmung des § 330 „Der Ausspruch des „„Schuldig““

von Seiten der Geschworenen enthält die Bejahung des Umstandes, daß dem Angeklagten die That zuzurechnen sei", ist richtig und ebenso die in Abs. 2 vorbehaltene ausdrückliche Feststellung gerechtfertigt, auf welche in besondern Fällen angetragen, die aber auch von Amtswegen durch das Gericht angeordnet werden kann. Dagegen ist die Zurechnung, die allerdings eine wesentliche Bedingung der Handlung, somit der Verantwortlichkeit und Schuld ist, nicht ein bloßer Umstand neben der That, und es dürfte der Fassung des jetzt geltenden Rechts der Vorzug eingeräumt werden[66]). In Betreff des § 331, der gleichfalls zu billigen ist, nehme ich, für Bestimmung des richtigen Sinnes, auf eine frühere, der Lehre gewidmete Abhandlung Bezug[67]).

Der § 335: „Darüber, ob die Voraussetzungen des Rückfalls oder der Verjährung vorliegen, entscheidet der Gerichtshof ohne Mitwirkung der Geschworenen" — eine gerechtfertigte, auch sonst ebenso vorkommende Bestimmung[68]) — enthält den Zusatz, der in andern Gesetzgebungen sich nicht findet: „unbeschadet der durch die Geschworenen erfolgenden Feststellung der Begehungszeit der That." Wenn darunter, wie anzunehmen ist, die That verstanden wird, wegen deren die Verhandlung erfolgte und hinsichtlich welcher eben die Hauptfrage gestellt wird, so ist nichts dagegen zu erinnern, als daß die Bestimmung überflüssig ist. Mit der Bejahung der Frage, ob der Angeklagte zu der Zeit dieses Verbrechen begangen zu haben schuldig sei, ist eben diese Zeit festgestellt und damit dem Gericht, dem es zukommt, über das Dasein der Voraussetzungen der Verjährung oder des Rückfalls zu entscheiden, der Anhaltspunkt für diese Entscheidung gegeben, so weit solche von der Berücksichtigung der Zeit abhängt. Bei der Verjährung wird sich keine Schwierigkeit ergeben, denn es handelt sich eben nur um diese eine That, deren Begangenschaft und Zeit in Betracht kommt, d. h. welche, als zu einer bestimmten Zeit begangen, verjährt oder nicht ist. Zweifel könnte aber bei dem Rückfall entstehen, wenn die Zeit der frühern Verübung und Bestrafung zur Sprache käme und gemeint sein sollte. Diese Entscheidung fällt durchaus

[66]) Vgl. meine Abhandlung: „Zur Lehre von der Fragestellung an die Geschworenen" in Goltdammer's Archiv VII, 721, 727.

[67]) S. die vorhergehende Note.

[68]) Z. B. Baden, § 279, Abs. 3, Hessen-Darmstadt, Art. 371 nur im Rückfall.

nicht in das Gebiet dessen, worüber die Geschworenen, nach dem Eindruck, welchen die Verhandlungen und Beweisaufnahme auf sie gemacht, nach ihrer Ueberzeugung einen Wahrspruch zu geben haben. Die Randrubrik zu § 327: „2. Fragenstellung an die Geschworenen" und dann (in fortlaufenden Nummern) zu § 335 „Rückfall und Verjährung" könnte aber solchen Zweifel hervorrufen, dem durch etwas veränderte Fassung zu begegnen sein dürfte.

In § 330 a. E. ist das Verbot einer Unterbrechung des Vortrags des Vorsitzenden am Schlusse der Verhandlungen hinreichend. Die Worte: „unter keinen Bedingungen" sind überflüssig und schwächen den Eindruck der gesetzlichen Anordnung [69]).

In § 341 (entsprechend dem jetzt geltenden Art. 95), Abs. 3 möchte ich ebenso statt „feierlichen Eid" nur sagen „Eid". Es wäre traurig, wenn der unmittelbar vor der Verhandlung geleistete Eid, um die erwartete Wirkung hervorzubringen und zu sichern, erst noch einer durch die Berufung auf die Feierlichkeit zu bezweckenden Verstärkung bedürfte. Wenn nicht etwa, daß der Eid öffentlich geleistet wird, als das „feierlich" betrachtet wird, so muß bemerkt werden, daß alle Eidesleistungen feierlicher sind, als die der Geschworenen; sie sind an sich, und mit Rücksicht auf die aus den verschiedensten Religionsparteien zu wählenden Geschworenen, hinsichtlich der Form und der Bekräftigungsformel von einer solchen Einfachheit, daß schon die äußerste Grenze erreicht ist. Nicht zu gedenken der Zulässigkeit einer andern als eidlichen Betheurung solcher, die „nach gesetzlicher Vorschrift von der Leistung eines förmlichen Eides entbunden sind" (§ 322). Für diese mag die Hinweisung auf den „geleisteten Eid" passen, da ihr „Gelöbniß in der für die betreffende Religionsgesellschaft vorgeschriebenen Betheurungsform" — als Eid gilt. Aber ein feierlicher Eid ist es nicht.

Ueber die § 346 in Verbindung mit § 350 enthaltene Bestimmung, daß, wo eine Frage zum Nachtheile des Angeklagten nur mit sieben gegen fünf Stimmen von den Geschworenen beantwortet wird (in welchem Falle allein bei Verkündung des Wahrspruchs dieses Stimmenverhältniß ausdrücklich angegeben werden

---

[69]) Zu § 340 beziehe ich mich auf meine Ausführung a. a. O., S. 158.

darf, aber auch muß) — „der Gerichtshof selbst in Berathung tritt und entscheidet, ohne Angabe von Gründen", wird ohne Zweifel viel gestritten und darin eine Verletzung des Grundgedankens der Jury gefunden werden. Die Bestimmung selbst, dem französischen (rheinischen) Rechte entlehnt, ist bei uns seit der Einführung der Geschworenengerichte in Geltung. Sie ist bekanntlich nach allen Seiten hin erörtert und ich habe umsoweniger Veranlassung, früheren Ausführungen etwas hinzuzusetzen [70]), als bei Abfassung des Entwurfs die Gründe für und wider gewiß reiflich erwogen sind. Ich gestehe, daß ich, ohne zu verkennen, wie hierin eine gewisse Anomalie liegt, und, wie die am weitesten gehenden Vertheidiger der Schwurgerichtscompetenz behaupten, eine Beschränkung der Wirksamkeit durch das nun entscheidende Gericht hierin gefunden werden könne, — dennoch nicht für die Abschaffung der Einrichtung mich erklären möchte, welche, wie sonst bemerkt ist, den Keim des Special-Verdicts enthält, auf das, so selten auch davon Gebrauch gemacht werden möge, nicht Verzicht geleistet werden sollte [71]). Ja wenn andere Gesetzgebungen, indem sie dieses Hinzutreten des Gerichts nicht gestatten, folgerichtig die erforderliche Majorität (wie dies auch bei uns überall der Fall ist, wo nicht jene Voraussetzung eintritt) anders und größer bestimmen [72]), so könnte man sagen, daß sich nach dem Preuß. Rechte eine größere Schonung und Sicherung des Angeklagten bekundet. Nach andern Gesetzgebungen kann durch acht Stimmen gegen vier (nach unserer freilich auch) die Verurtheilung erfolgen. An die Stelle der hier entscheidenden achten Stimme, die im Falle des Bedenkens zurückgehalten wird, tritt die Entscheidung nicht minder gewissenhafter und befähigter Richter — und nach der Erfahrung nicht selten zu Gunsten des Angeschuldigten — ein. Vollends, wenn man nun die Zahlen beider Gruppen combinirt; während, wo diese zur Verurtheilung führt, der Zweifel geringer ist. Doch verhehle ich nicht, daß die Einrichtung selbst gemißbraucht und die ganze Entscheidung dadurch dem Gerichte übergeben werden kann, — und ferner, daß

---

[70]) S. Kritik des Entwurfs v. J. 1851, S. 166.

[71]) Kritische Betrachtung, S. 166 und Archiv des Crim.-R., J. 1851, S. 164, meine Betrachtungen über die Verord. v. 3. Jan. 1849, S. 66, Nr. 74.

[72]) A. a. O., S. 167. Oesterreich, § 340, Baden, Art. 285, Württemberg, Art. 376. Dagegen Hessen-Darmstadt, Art. 384 wie Preußen.

allerdings (wenn auch nicht überall im Interesse der Gerechtigkeit) noch eine größere Begünstigung der Vertheidigung stattfindet, wo bei nur sieben Stimmen gegen fünf unbedingt auf „Nichtschuldig" gesprochen werden muß, da eben die Majorität von Zweidrittel nicht vorhanden ist. Ueberall zeigt sich, in dem Mißtrauen gegen die einfache Majorität, daß in der ganzen Sache noch etwas Bedenkliches gefunden worden, welchem freilich durch das Verlangen der Einstimmigkeit abzuhelfen man aus nahe liegenden Gründen bei uns Anstand nehmen muß. Es ist übrigens mit den Majoritäten immer etwas Mißliches, und soll nicht getadelt werden, wenn man die möglichste Annäherung an die Einhelligkeit erstrebt: so mag denn auch der scheinbare Widerspruch sich heben, wenn man ohnerachtet der Forderung einer Majorität hier dasjenige gelten läßt, was die Meinung und der Wille der Minderzahl ist [73].

Eine wesentliche Verbesserung gegen das bisherige Recht enthält § 347, demzufolge, wenn bei den Geschworenen Zweifel über das zu beobachtende Verfahren, über den Sinn der an sie gestellten Fragen oder über die Fassung der Antwort entstehen, „sie sich darüber vom Vorsitzenden Aufklärung erbitten können" — dies galt schon bisher und ist auch sonst angenommen. Aber nach unserm Art. 94 sollte sich auf erhaltene Benachrichtigung der Vorsitzende mit den übrigen Mitgliedern des Gerichts in das Schwurgerichtszimmer begeben, und wenn schon dies und was er nunmehr den Geschworenen erklärt, sich der Oeffentlichkeit entzieht und dem Grundsatz derselben entgegen ist, so scheint es nach den Materialien, daß man gerade, um jedem sonst sich ergebenden Bedenken entgegen zu treten, den ganzen Akt und dessen Herbeiführung geglaubt hatte, der Oeffentlichkeit entziehen zu sollen [74]. Nun aber fährt unser § 347 fort: „welche (Aufklärung) ihnen in der Sitzung nach Wiedereröffnung zu ertheilen ist". Diese durchaus zu billigende Bestimmung, die mehreren andern deutschen Gesetzgebungen entlehnt ist [75], läßt nicht nur die Oeffentlichkeit zur vollen Geltung kommen, wogegen sonstige Bedenken zurücktreten müssen, sondern

[73]) Meine Abhandlung: „Beiträge zur Lehre von der Rechtsfindung durch Richtercollegien" in Goltdammer's Archiv VI, 138, VII, 1, 146.

[74]) Oppenhof zu Art. 94, Nr. 2 und 5.

[75]) Motive zu § 347, vgl. dagegen Oesterreich (1864) § 338, Hessen-Darmstadt, Art. 380.

sie gewährt auch den Vortheil, daß nun die Staatsanwaltschaft und der Vertheidiger gegenwärtig sind, womit sich dann auch — da, während die Geschworenen berathen, der Angeklagte abgeführt wird (§ 340, 352) — der Schlußsatz rechtfertigt: „Kommen hierbei Aenderungen in der Fragestellung in Anregung, so muß der Angeklagte zu der Verhandlung zugezogen werden" (vgl. § 349, Abs. 4).

Ist sonach dieser Verbesserung volle Anerkennung zu widmen, so gilt dies nicht so hinsichtlich der Fassung: „welche ihnen in der Sitzung nach Wiedereröffnung derselben zu ertheilen ist". Es könnte zunächst genügen „in der Sitzung", die ja, — einstweilen unterbrochen — selbstverständlich erst wieder eröffnet werden muß. Aber dies und selbst das Vorausschicken der Wiedereröffnung (z. B. welche ihnen in der sofort wieder zu eröffnenden Sitzung zu ertheilen ist) genügt nicht. Denn da in jedem Falle, sobald die Geschworenen aus dem Berathungszimmer in den Gerichtssaal zurückkehren, die Sitzung wieder eröffnet wird, so liegt in jener Fassung eine Doppelsinnigkeit, welche vermieden werden muß und kann. Denn offenbar soll dieser Akt nicht da stattfinden, wo die eigentliche und sonst gewöhnliche, nothwendige Wiedereröffnung stattfindet. Das Badische Gesetz sagt hier: „Haben sie (die Geschworenen) Zweifel über deren Sinn, so begiebt sich der Obmann mit den Geschworenen in den Sitzungssaal und erbittet sich von dem versammelten Gerichte die erforderliche Aufklärung. Sowohl der Staatsanwalt als der Vertheidiger kann sich darüber äußern".

Bei § 351, Abs. 2 muß, hinsichtlich der Aussprüche über mehrere strafbare Handlungen oder mehrere Angeklagte, bei der „Verweisung des von den Richtern einstimmig für irrig zum Nachtheil des Angeklagten erklärten Ausspruchs vor ein neues Schwurgericht, nur in Ansehung derjenigen Handlung oder Person, bezüglich deren die Geschworenen sich nach der Ansicht des Gerichtshofs geirrt haben", vorausgesetzt werden, daß eine solche Trennung möglich und also nicht ein Zusammenhang in der Sache und bez. in dem Verfahren stattfinde, welchem durch die Sonderung Eintrag hinsichtlich der Beurtheilung geschehen könnte [76]). Daß in diesem Falle möglicherweise auch die Fragen, welche, als zu Gunsten entschieden, sonst nicht nochmals zur Erörterung kommen sollten, nach-

[76]) Kritische Betrachtung, S. 169.

theiliger beantwortet oder neue Fragen aufgestellt werden können, ist allerdings nicht zu vermeiden. Man muß, um hier nicht, was dem Angeklagten zum Schutz dienen soll, zu einem Nachtheil werden zu lassen, auch hierauf die Anordnung in Abs. 3 beziehen, auf die ich sogleich komme. Zuvor bemerke ich billigend und die Motivirung anerkennend die Bestimmung von Abs. 1, nach welcher diese Hülfe nicht wie jetzt (Art. 99 des Ges. v. 3. Mai 1852) ausgeschlossen sein soll, wenn bereits der Ausspruch verlesen ist, sondern solange nicht der Gerichtshof das Urtheil gefällt hat, stattfindet. Der Entwurf schließt sich hier der Praxis der französischen Gerichtshöfe an.

Eine Analogie bietet die Einlegung der Nichtigkeitsbeschwerden insofern dar, als bei diesen (in den hierzu geeigneten Fällen), wie hier bei der Annahme, es sei dem Verurtheilten Unrecht geschehen, eine neue Verhandlung eintritt, deren Ergebniß auch für den Angeklagten nachtheiliger sein kann, während in der Zurückweisung nur eben die Bestätigung des frühern Erkenntnisses liegt. Wo eine Berufung nicht möglich ist, bleibt nur dieser Weg, um wenigstens den Versuch zu machen, ein günstigeres Ergebniß herbeizuführen. Hier ist jedoch die Sache zum Theil anders: „Nach dem Ausspruche des neuen Schwurgerichts muß der Gerichtshof das Urtheil fällen, und dasselbe auf denjenigen der beiden Aussprüche fällen, welcher für den Angeklagten der günstigere ist". Im Interesse der Begünstigung des Letztern mag man diese Vorschrift billigen, wie die Motivirung (S. 152): „Will man daher einerseits den Grundsatz aufrecht erhalten, daß das Sachverhältniß in der mündlichen Verhandlung nach allen Richtungen hin zu erschöpfen ist, andererseits aber es vermeiden, daß eine dem Angeklagten gewährte Rechtswohlthat in ihr Gegentheil verkehrt werde, so wird sich kaum eine andere Lösung, als die von dem Entwurfe vorgeschlagene, finden lassen".

Aber es ist nicht zu verkennen, daß diese Lösung den Principien der Mündlichkeit und des Schwurgerichts entgegen und, wenn man einen civilrechtlichen Ausdruck hier anwenden darf, contra elegantiam juris sei. Es kann also, wenn die zweite Jury ein Verdict auf Schuldig einer schwerern strafbaren That gibt, — ja es muß dann ihr Verdict unbeachtet und das frühere, dessen Unrichtigkeit einstimmig von Richtern erkannt war, denen sonst das Recht zusteht, die nicht mit erforderlicher Majorität gefällten Sprüche

zu prüfen und eigener Entscheidung zu unterwerfen (§ 350)[77] — dem Urtheile zu Grunde gelegt werden. Es wird in solchen Fällen nicht nach den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung, sondern nach dem einer frühern, die in der zweiten in anderer Form zur Kenntniß gebracht worden, geurtheilt. Einfach wäre die Sache, wenn, wo die frühere Schuldig erklärte, die zweite ein Nichtschuldig ausspricht, oder wenn bei durch die zweimalige Verhandlung sich gleichmäßig herausstellenden Ergebnissen es sich nur um Ja oder Nein handelte. Letzternfalls genösse der Angeklagte den Vortheil wiederholter Prüfung, andernfalls würde die wiederholte Schuldigerklärung die Zweifel beseitigen, welche die ersten Richter über die Richtigkeit des Verdicts hegten[78]). Hier wird aber die allerdings nicht zu leugnende Möglichkeit vorausgesetzt, daß bei verschiedener Gestaltung der Sache in den beiden Verhandlungen zwei Schuldigerklärungen und zwar die zweite Frage eines schwerern Verbrechens stattfinden kann. Möge nun das erste Verdict, oder, wenn in dem zweiten ein geringeres Verbrechen erklärt wird, das zweite Verdikt zu Grunde gelegt werden, immer bleibt eine Incongruenz, die man sich auch nicht verhehlt hat. Daß in den seltenen Fällen, wo diese Bestimmung Abs. 1 zur Anwendung kommt, mit der größten Vorsicht verfahren werde, bedarf nicht der Bemerkung. Das Eintreten wird unter andern durch eine recht gründliche Voruntersuchung in die engsten Grenzen gewiesen werden[79]).

Fünfter Abschnitt.

Von dem Verfahren im Falle eines Schuldbekenntnisses.

Die abweichend von den meisten andern Gesetzgebungen getroffene Bestimmung, der zufolge bei einem Schuldbekenntnisse, dessen

---

[77]) Die Fassung des Oesterr. Entwurfs (1864) § 343 und des Badischen Art. 293, Abs. 4 — der von Rechtskraft der frühern günstigen Entscheidungen spricht — ist beachtenswerth.

[78]) Baden § 293, Abs. 5.

[79]) Ueber das Schwurgericht im Allgemeinen sprechen, ist hier nicht die Aufgabe. Doch möge bei dieser Gelegenheit erlaubt sein, auf die neuesten Schriften gegen das Schwurgericht von v. Hye-Glunek, für dasselbe von Glaser, bedingt und mit verschiedenen Vorschlägen von Heinze und von Schwarze, so wie auf die neueste Schrift von Mittermaier „Erfahrungen über die Wirksamkeit der Schwurgerichte in Deutschland" zu verweisen, durch welche die bereits reiche Literatur eine werthvolle Vermehrung erhalten hat.

rechtliche Bedingungen festgestellt sind, das Urtheil von dem Gerichtshof ohne Zuziehung von Geschworenen gefällt werden soll, ist hier beibehalten. Schon durch das Gesetz v. 3. Mai 1852 waren bekanntlich die Vorschriften der Verordnung v. 3. Januar 1849 ausführlicher und genauer aufgestellt, auch in dem Entwurfe v. J. 1851 in verbesserter Form wiederholt worden [80]. Der jetzige Entwurf behält nun die Vorschrift dem Inhalte nach bei und sichert zugleich die richtige und dem Rechte entsprechende Anwendung durch Bestimmungen, welche geeignet sind, die Zweifel und Bedenken zu beseitigen, die man von verschiedenen Seiten gegen die Urtheilsfällung ohne Mitwirkung der Geschworenen erhoben hatte. Die Grundlosigkeit mehrerer gegen die Einrichtung vorgebrachter Einwendungen, die Willkührlichkeit mehrerer Vorwürfe, die zum Theil ohne eine richtige Einsicht in den Zusammenhang der Gesetzgebung, zum Theil in geradem Widerspruch mit den keineswegs zu mißverstehenden Bestimmungen erhoben worden sind, habe ich unter andern bei Gelegenheit der Begutachtung des frühern Entwurfs nachgewiesen und darf, um Wiederholungen zu vermeiden, letztere hier in Bezug nehmen [81].

Ich kann mich auch mit der Beibehaltung dieser durch viele und wichtige Erfahrungen [82] bewährten Einrichtung nur einverstanden erklären. So wie sie jetzt beantragt ist, erscheint sie völlig unbedenklich, und insbesondere darf da, wo ein nach allen rechtlichen Erfordernissen abgelegtes Geständniß, wohl bemerkt, nicht blos der That, sondern der Schuld vorhanden ist, erwartet werden, daß dann auch die Geschworenen nur eben dasselbe erklären würden. Wäre es anders — und darauf, daß es so sein könne, gründen sich die Erwartungen Mancher, welche die Zuständigkeit der Schwurgerichte hier nicht minder als in andern, sonst nicht vor dieselben gehörenden Fällen verlangen [83] — so ist die Sache, wie die ganze Schwurgerichtsfrage in ein anderes Gebiet verlegt.

Der § 357 enthält noch die Vereinfachung des Verfahrens, welche schon wiederholt in Anregung gebracht worden, daß, wo bereits in der Voruntersuchung die Bedingungen des § 356 über

[80] Kritische Betrachtung, S. 150, 152.

[81] A. a. O., S. 150.

[82] Motive S. 156 und die Nachweisungen aus den Uebersichten der Criminalstatistik daselbst.

[83] A. a. O., S. 153 und über Preßvergehen insbesondere Not. 188.

ein vor der Hauptverhandlung abgelegtes vollständiges Bekenntniß der That vorhanden sind, die Anklagekammer, indem sie die Verweisung der Sache vor den Schwurgerichtshof ausspricht, gleichzeitig auf den Antrag des Oberstaatsanwalts beschließen kann, daß die Verhandlung mit dem Angeklagten vorerst bei demjenigen Gericht stattfinden solle, bei welchem die Voruntersuchung geführt worden ist — welches, bez. dessen Strafkammer, durch den Hinzutritt von zwei Richtern verstärkt wird. Ergibt sich dann bei der, im Uebrigen nach den Vorschriften für das Verfahren vor den Schwurgerichten zu veranstaltenden Hauptverhandlung, daß die Zuziehung von Geschworenen nicht erforderlich sei, so kann das Urtheil gefällt; außerdem und in jedem Fall des Zweifels, vollends wenn das Geständniß widerrufen wird, und ebenso, wenn auch nur in Ansehung eines unter mehreren Anklagepunkten oder eines unter mehreren Angeklagten, die Mitwirkung der Geschworenen nothwendig ist, muß Alles an den Schwurgerichtshof durch Beschluß des Gerichts gewiesen werden.

Die Vortheile für den Angeklagten, insbesondere durch Verkürzung der Haft, aber auch im Allgemeinen sind in den Motiven gut nachgewiesen.

Sechster Abschnitt.

Von dem Verfahren beim Ausbleiben des Angeklagten.

Die beiden §§ 358, 359, welche den Abschnitt bilden, gedenke ich im Zusammenhang mit den Bestimmungen über das Ungehorsamsverfahren zu betrachten.

Vierzehnter Titel.

Besondere Vorschriften für das Verfahren vor der Strafkammer.

Die allgemeinen Vorschriften über das Verfahren in der Hauptverhandlung und der Vorbereitung zu derselben werden hier vorausgesetzt. Es handelt sich zunächst nur um einige besondere Fälle, namentlich bei dem Ausbleiben des Angeklagten § 360 — wo ich

einige zu dem frühern Entwurf gemachte Erinnerungen [84]), nach der jetzigen Stellung und Fassung, zu wiederholen keine Veranlassung habe — in Bezug auf Modificationen des Thatbestandes § 362 und des Urtheils § 363.

Neu, wenigstens zum größern Theile und in der gegenwärtigen Auffassung, sind § 364, 365. Die Vorschriften über ein „abgekürztes Verfahren im Fall einer vorläufigen Festnahme“, eigentlich der sofortigen, bei Betretung auf der That oder gleich nachher und in Fällen, „wo die Schuld sich sogleich klar herausstellt“ oder „ein umfassendes Bekenntniß der That abgelegt wird“, die hier — nach dem Vorgange der neuesten französischen Gesetzgebung (Ges. v. 20. Mai 1863), aber auch im Anschlusse an das bisher schon in Preußen in bestimmten Fällen beobachtete Verfahren — vorgeschlagenen Bestimmungen verdienen Beifall. Ebenso, was hinsichtlich der dadurch bedingten Einrichtungen, der Gerichtssitzungen ꝛc. beantragt wird. Dafür, daß diese Vereinfachung des Verfahrens nicht auf Kosten des Rechts, insbesondere nicht unter Beeinträchtigung der Vertheidigung stattfinde, ist gesorgt. Insbesondere wird § 364 a. E. bestimmt: „Es muß jedoch, wenn der Angeklagte in der Hauptverhandlung die Vertagung der Sache zur bessern Vorbereitung seiner Vertheidigung verlangt, diesem Antrag in allen Fällen statt gegeben werden“.

Fünfzehnter Titel.

Besondere Vorschriften für das Verfahren vor dem Polizeirichter.

Die im Wesentlichen schon in dem jetzigen Verfahren zur Anwendung kommenden Bestimmungen, namentlich über das sog. Mandatverfahren, werden hier bestätigt und erweitert. Die Motive bemerken, daß, „indem der Entwurf die Zulässigkeit einer Strafverfügung auf Uebertretungen nicht beschränkt, er das Mandatverfahren, dessen praktische Zweckmäßigkeit allgemein anerkannt ist, auch auf die in § 11 bezeichneten Vergehen anwende,

[84]) A. a. O., S. 172 ff.

auf welche es zur Zeit — vgl. Art. I, § 2 des Gesetzes v. 14. April 1856 — nicht Platz greift".

Ich habe, unter Bezugnahme der Bemerkungen zu dem frühern Entwurfe, hier nichts zu erinnern [85]), und halte die gemachten Vorschläge vom Standpunkte des Rechts aus und im allseitigen Interesse einer Abkürzung und Beschleunigung des Verfahrens, und rasch eintretender Ahndung, nach Form und Inhalt für wohl begründet.

Sechszehnter Titel.

Von den Rechtsmitteln der Berufung und der Nichtigkeitsbeschwerde.

In den „Vorbemerkungen" (S. 164—184) sind den Gesetzesvorschlägen, welche die nun folgenden Abschnitte des Titels XVI enthalten, ausführlichere Motivirungen als sonst vorausgeschickt. Veranlassung war zu solchen durch die in der neuesten Zeit zur Sprache gebrachten Streitfragen, über die Stellung und bez. Zulässigkeit der Rechtsmittel, insbesondere der Appellation in dem Organismus des neuen Verfahrens und nach den jetzt angenommenen Principien, geboten; sodann, nachdem ein bestimmtes Ergebniß für unsere Gesetzgebung sich herausgestellt hat und als solches ausgesprochen ist, in der Nothwendigkeit, dasselbe zu begründen und ebenso die dadurch bedingten Einrichtungen, unter andern in Ansehung der Competenz und des weitern Verfahrens, zu rechtfertigen.

Die beachtenswerthe Ausführung handelt von: I. „Nothwendigkeit der Beibehaltung der Appellation". II. „Entbehrlichkeit des Recurses als besonderen Rechtsmittels". III. „Instanzenzug in Ansehung der Appellation". IV. „Einrichtung des Appellationsverfahrens". V. „Nichtigkeitsbeschwerde".

Es kann hier nicht, oder doch nur mittelbar, die Aufgabe sein, die Ausführungen, welche hier dem Gegenstande gewidmet sind, zu prüfen und mit Bemerkungen zu begleiten, so sehr auch, von einem allgemeinern Standpunkte aus, die Versuchung nahe liegt.

---

[85]) A. a. O., S. 175.

Was hier in Frage steht, ist in der neuesten Zeit theils in eignen Arbeiten, theils in solchen, die sich an die Motivirung oder Begutachtung von Gesetzesentwürfen anschließen, in ziemlicher Ausführlichkeit, wenngleich noch nicht so behandelt worden, daß die Acten (wie man zu sagen pflegt) als geschlossen angesehen werden könnten. Die vorgelegten Motive bestätigen, daß, was sich für und gegen eine bestimmte Ansicht, z. B. über das Bedürfniß, die Zulässigkeit der Appellation und deren Vereinbarkeit mit dem neuern Verfahren, nach der ganzen Eigenthümlichkeit desselben im Verhältniß zu dem frühern, jetzt schon seit geraumer Zeit verlassenen, oder für das Gegentheil anführen läßt, wohl erwogen sei, wie denn auch gelegentlich einzelner neuerer Gesetzgebungen gedacht wird, welche einen andern Weg, insbesondere durch Ausschließung der Appellation, eingeschlagen haben.

Die Beschränkungen, die mir bei dem Vortrage meiner dem Entwurfe gewidmeten Bemerkungen, sowohl in Betreff der Zeit, de ich hierauf verwenden, als des Raumes, den ich in Anspruch nehmen kann, auferlegt sind, gestatten mir — wie es ohnehin durch die besondere Aufgabe geboten ist, die Motive nur so weit in den Kreis der Betrachtung zu ziehen, als dies durch die, die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen betreffenden Erinnerungen, oder auch wohl Zustimmung, bedingt erscheint. Ich glaube diese Erklärung schuldig zu sein, um nicht dem Vorwurfe einen Schein von Berechtigung zu geben, als werde die Wichtigkeit der über die nächsten Aufgaben hinausgehenden Bedeutung der Sache oder die Bedeutung der in den „Vorbemerkungen" gegebenen Erörterungen nicht in vollem Umfange gewürdigt.

Der Betrachtung der in den nun folgenden Abschnitten enthaltenen gesetzlichen Vorschriften schicke ich einige allgemeine Bemerkungen voraus, die, wie ich hoffe, für das Verständniß und die befriedigende Lösung der noch bestrittenen Fragen als ein Beitrag aufgenommen werden.

So erklärlich, ja, nach den einmal für das Verfahren geltenden Grundsätzen, so nothwendig es ist, die Fragen, auf deren Beantwortung es hier ankommt, von dem Standpunkte eben dieses Verfahrens und des durch jene Grundsätze bedingten Organismus aus zu erörtern, so darf doch dabei dasjenige, was der wesentliche Zweck der Criminal-Procedur ist — die Verwirklichung des Rechts in jedem besondern Falle — niemals außer Augen gesetzt werden

Bezeichnen wir dies: die zu erörternde Aufgabe als den Inhalt, den Prozeß (unbeschadet der ihm angehörigen auch materiellen und nicht blos formellen Bestimmungen) als die Form — oder, was meine Ansicht deutlicher erkennen lassen wird: jene als den Zweck, diesen als das Mittel, so wird wohl darüber keine Verschiedenheit der Ansichten sein, daß letzteres dem ersten diene, daß das Mittel — das strafrechtliche Verfahren — geeignet sein müsse, die Gerechtigkeit zur Geltung zu bringen. Der Criminalprozeß hat nicht in dem Sinne eine selbstständige Geltung in Anspruch zu nehmen, daß ihm dasjenige irgendwie zum Opfer gebracht werde, was ihn im besondern Falle herbeiführt, und was durch ihn erreicht und bewirkt werden soll. Allerdings, wenn einmal, und recht eigentlich mit Rücksicht auf den Zweck, eine bestimmte Verfahrensweise, nach bestimmten Principien, als die zu beobachtende anerkannt ist, wird man sich den Folgerungen aus letztern nicht zu entziehen vermögen, sollten sie auch nach einer Seite hin von der Art sein, daß man wünschen möchte, sie könnten in ihren Ergebnissen vermieden werden. Gewiß wird man z. B. die jetzt herrschenden Grundsätze nicht deshalb aufgeben dürfen oder wollen, weil die Appellation mit ihrer vollständigen Durchführung nur sehr beschränkt zu vereinigen ist. Möge diese aber in gewisser Beschränkung beibehalten, oder, wie schon hier und da geschehen, ganz ausgeschlossen werden — immer wird die Forderung als eine unerläßliche aufgestellt werden müssen, daß das Verfahren in erster Instanz — welches ohnehin nach der in Verbindung mit den neuern Bestimmungen getroffenen Einrichtung und Verfassung der Gerichte den sog. Schwerpunkt ausmacht — ein in jeder Hinsicht so vollständig der Gerechtigkeit und Gründlichkeit entsprechendes sei, daß zur Ergreifung von Rechtsmitteln — von den sog. außerordentlichen zunächst abgesehen — ein Bedürfniß und eine Veranlassung möglichst entfernt bleibe. Wo nicht solche Umstände eintreten, die eine Richtigkeitsbeschwerde (mehr im Sinne des frühern Rechts), oder eine Wiederaufnahme der Sache, (Restitution in der besondern Bedeutung) begründen, wo es sich um die richtige Feststellung der thatsächlichen Voraussetzungen des Rechtsspruchs und sodann um die Richtigkeit und Gerechtigkeit dieses letztern handelt, da muß das Verfahren erster und bez. einziger Instanz so geordnet und im besondern Falle so beobachtet worden sein, wie man es, schon um der Würde der

Rechtspflege willen, fordert. Es muß für die Anfechtung des Urtheils, hinsichtlich der Thatsachen, deren Beweis ꝛc., kein Raum gelassen, und für die Gründlichkeit in dieser Hinsicht unter andern auch durch das Vorverfahren möglichst gesorgt werden; es muß für die gewissenhafte und gründliche Schöpfung des Erkenntnisses, für die Gerechtigkeit des Urtheils durch die Einrichtung und Besetzung des Gerichts eine Gewähr gegeben werden, sodaß die Berufungen nur eine — allerdings zu gestattende — Ausnahme bilden. Es kann nicht als ein guter Zustand der Rechtspflege betrachtet werden, wenn die Berufungen zu zahlreich sind; wenn die Fälle, wo sich die Betheiligten bei dem ersten Erkenntniß beruhigen, die Ausnahme, jene die Regel ausmachen; wenn die öffentliche Meinung dahin geht, die ersten Urtheile nur als vorläufige anzusehen, denen ein besonderes Gewicht nicht beigelegt werden dürfe, indem sie erst durch eine höhere Bestätigung in zweiter Instanz zu einer Bedeutung gelangen, sofern sie nicht, was ja durch das Rechtsmittel bezweckt wird, aufgehoben und durch einen andern Rechtsspruch, der nun erst der wahre und richtige sei [86]), ersetzt werden. Damit würde das Vertrauen zu der Rechtspflege in bedenklicher Weise gefährdet.

Dennoch, wie sehr auch zu wünschen, daß das Hauptverfahren in seiner gesetzlichen Ordnung und in der Anwendung, d. h. der Durchführung im besondern Falle alle die Bürgschaften liefere, die vom Standpunkte der Gerechtigkeit aus verlangt werden müssen, daß Appellation und bez. Aufhebung oder Abänderung der Urtheile des Criminal-Gerichts nur seltene Ausnahmen seien — man wird das Rechtsmittel ganz auszuschließen gewiß Anstand nehmen müssen. Was ich hier über die Anforderungen an das erste oder Hauptverfahren bemerkt habe — und worüber nicht wohl eine Verschiedenheit der Meinungen obwalten kann — soll nicht als eine Bevorwortung der von gewichtigen Stimmen beantragten Ausschließung der Appellation gelten. Ich billige die Beibehaltung derselben in unserm Entwurfe. Auch würde der aus obiger Betrachtung zu entlehnende Grund gegen die Zulässigkeit der Berufung ein anderer sein, als der ist, welcher von dem neuern Verfahren aus entlehnt wird. Unsern Auffassungen widerstrebt das gänzliche Aufgeben der Appellation, die Bestimmung, daß es unabän-

---

[86]) L. i. D. de appell.

derlich bei dem ersten Urtheil bewenden müsse. In der That wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn man keine andere Hülfe, als die sonst sog. außerordentliche der Nichtigkeitsbeschwerde und der Restitution zulassen wollte, die ohnehin nicht überall, und wo von Erfolg, nur mittelbar die Wirkungen der Berufung haben. Wenn man zur Unterstützung der Ausschließung der Appellation unter andern angeführt hat, daß dadurch die Richter erster Instanz zu einer größern Sorgfalt aufgefordert würden, weil sie wüßten, daß das Schicksal des Angeklagten lediglich von ihrem unantastbaren Urtheil abhänge — als wenn sie glaubten, es könnten etwaige Versehen in höherer Instanz gut gemacht werden, und sich dabei beruhigten, es werde das Rechtsmittel ergriffen und somit überhaupt ihr Urtheil nicht als solches vollzogen werden — so steht solcher äußerlichen Betrachtung die andere entgegen, daß die Unstatthaftigkeit der Berufung und die Sicherheit, es käme die Sache nicht vor eine höhere Instanz, auch zu einer von jener Sorgfalt abweichenden Behandlung der Sache im Verfahren und in der Urtheilsfällung führen könne. Aber diese Annahmen, selbst wenn sie irgend einmal eine Bestätigung finden sollten, müssen zurückgewiesen werden, wie es die Würde der Rechtspflege und die Ehre des Richterstandes fordert. Wir räumen ihnen keinen Einfluß ein, weder auf die Beibehaltung noch auf die Abschaffung der Berufung.

In der That wird das Bedürfniß der Zulässigkeit der Berufung — möge sie immer nur eine Ausnahme sein — nicht verkannt werden können. Ja es tritt gegenüber der früher im schriftlichen Untersuchungsverfahren zugelassenen Appellation (bez. des Rechtsmittels der weitern Vertheidigung) — jetzt bei dem contradictorischen Verfahren insofern umfassender hervor, als auch der Staatsanwaltschaft dieselbe zusteht, wodurch denn trotz der Regel, daß nicht in peius abgeändert werde (nämlich im Verhältniß zu dem Appellanten), ein für den Angeklagten nachtheiligeres Ergebniß herbeigeführt werden kann. Wenn man jetzt von „Gegnern der Appellation" spricht, wie es auch unsere Motive thun, — so bezieht sich dies weniger auf die Entbehrlichkeit derselben, als vielmehr auf die Schwierigkeit, sie mit dem mündlichen Verfahren und der Unmittelbarkeit desselben zu vereinigen. Daher die sonst auffallende und nur aus den Grundsätzen des neuern Verfahrens und insbesondere dem Wesen der Schwurgerichte zu erklärende Bestimmung, daß die in geringen Straffällen gegen die Urtheile

der Strafgerichte zulässige Appellation in den schwereren, den Schwurgerichtsfällen, ausgeschlossen ist und sein muß. Dem Bedürfniß soll dann durch die Nichtigkeitsbeschwerde abgeholfen werden, was einerseits nur mittelst einer Erweiterung derselben, über ihre ursprüngliche Bestimmung hinaus, geschehen kann, andererseits nur in sehr beschränktem Maße die Abhülfe gewährt, welche man in den ehemaligen ordentlichen Rechtsmitteln fand.

Unser Entwurf nun erklärt die Beibehaltung der Appellation für nothwendig. In der That wird aber auch von den neuern Gesetzgebungen, welche dieselbe ausschließen, nicht verkannt, daß auch gegen die sententia iniqua eine Hülfe geboten sei und wir werden bei Prüfung der Bestimmungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und Restitution Gelegenheit haben, zu bemerken, daß es sich fast mehr nur um den Namen, als die Sache, handelt. Die Motive entlehnen die Vertheidigung der Beibehaltung der Appellation und die Widerlegung der Gegner nicht aus innern Gründen — der Gerechtigkeit und Rechtsforderung, sondern aus dem Organismus des neuern Verfahrens, was insofern nicht gemißbilligt werden soll, als die entgegengesetzte Auffassung von demselben Ausgangspunkte zu rechtfertigen gesucht wird, und als man annehmen darf, daß die tiefern Gründe, welche gegen die völlige Beseitigung der Berufung geltend gemacht werden können, vorausgesetzt werden. Außerdem müßte ich Anstand nehmen, das für entscheidend gelten zu lassen, was an die Spitze gestellt wird. „Entscheidend für die Beibehaltung der Appellation muß die Erwägung sein, daß es nach der Natur der correctionellen Straffälle nicht möglich ist, das Material für die Hauptverhandlung stets in erschöpfender Weise durch eine Voruntersuchung vorzubereiten.“ Nach einer kurzen Schilderung der Vortheile und des Bedürfnisses, hier „das mündliche Verfahren so rasch wie möglich auf die That folgen zu lassen“, wird fortgefahren: „Die Gegner der Appellation, welche das Hauptargument gegen dieselbe aus dem hohen Werthe des Princips der Mündlichkeit entnehmen, scheinen nicht genügend zu beobachten, daß ihr Standpunkt eine detaillirte Voruntersuchung voraussetzt, und daß durch eine solche Ausdehnung des vorbereitenden Verfahrens der praktischen Wirksamkeit jenes Princips gerade der empfindlichste Stoß versetzt und einer Auffassung des mündlichen Verfahrens Vorschub geleistet wird, wonach dasselbe im Wesentlichen in einer Recapitulation der Voruntersuchung besteht.“

Ich gehöre nicht zu den Gegnern der Appellation, und auch die in dieser Bemerkung der Motive Gemeinten sind nicht grundsätzliche Gegner, sondern sie sind es darum und insofern nicht ohne Berechtigung, weil an die Stelle der eigentlichen Berufung auf wiederholte Prüfung einer Sentenz, durch welche der Appellant sich beschwert erachtet, vielmehr ein neues erstes Verfahren tritt, wenn man nicht entweder auf die volle Durchführung der Mündlichkeit Verzicht leisten oder den Ausweg einschlagen will, die factischen Voraussetzungen als festgestellt anzunehmen und zu Grunde zu legen. Nun aber handelt es sich gerade auch und vornehmlich mit um diese — womit denn eine neue Schwierigkeit nicht blos für das Berufungsverfahren, sondern auch, wie die Motive zeigen, für die Gesetzgebungen entsteht, welche, indem sie jenes ausschließen, zu einer weiten Ausdehnung des Restitutionsverfahrens genöthigt sind.

Mein Standpunkt ist ein anderer, der mir in der Sache auf die Seite des Entwurfs, in der Motivirung theilweise demselben entgegenzutreten gebietet. Ich kann ihn nur als den der Gerechtigkeit bezeichnen, die auch bei diesen Streitfragen vor Allem maßgebend ist. Also darum sollte die Appellation stattfinden, um den Mängeln abzuhelfen, welche in Folge angeblich unvermeidlicher ungenügender Vorbereitung der Sache in erster Instanz dem Urtheile anhaften? So dringend wäre das Bedürfniß rascher Beendigung der Sache in erster Instanz, daß man es mit der Gründlichkeit weniger genau nehmen und sich dabei beruhigen dürfte, der sich beschwert Fühlende könne ja appelliren? Wird denn dadurch mehr Zeit gespart und größere Sicherheit gewonnen, wenn nun erst das Appellationsverfahren stattfindet? Mag es sein, daß in vielen Fällen dennoch die thatsächliche Feststellung ausreicht; es wird aber nicht minder die erschöpfende Vorbereitung sich durch das seltenere Bedürfniß der Appellation vergüten. Freilich wird jene für unmöglich, wenigstens in der Voruntersuchung, ausgegeben. Wäre dies so, dann dürfte sie später auch nicht möglich werden, wo sie ohnehin (wie selbst die Motive, nur von einem andern Standpunkte aus, erinnern) in Folge des längern Zeitraums, der dazwischen liegt, erschwert ist. Auch scheint es mit der Behauptung der Unmöglichkeit nicht so strenge gemeint zu sein, da gleich nachher diese zugegeben und nur — wie die behaupten, welche die Mündlichkeit als allein entscheidend gelten lassen, — die Gefährdung dieser

letztern, durch eine Ausdehnung des vorbereitenden Verfahrens, geltend gemacht wird.

So stellen sich die Motive, welche die Appellation zulassen, mit den Gegnern, welche solche im Interesse der Mündlichkeit beseitigt wissen wollen, auf denselben Boden, wenn auch in verschiedener Auffassung. Jene (und dies wird ihnen vorgehalten) erklären sich gegen die erschöpfende Voruntersuchung aus Furcht, es könne der Schwerpunkt der Sache in diese und nicht in die Hauptverhandlung verlegt, und letztere zu einer bloßen Wiederholung herabgesetzt werden. Diese — die Motive — stimmen in dem Vordersatz der Entbehrlichkeit genügender Vorbereitung überein, gründen aber eben hierauf die Nothwendigkeit der Appellation. So muß ich mich denn nochmals auf meine angeführte Abhandlung beziehen, in welcher ich, neben der durch die Gerechtigkeit gebotenen Gründlichkeit der Voruntersuchung, zugleich einerseits die (in solcher Ausdehnung aufgestellte) Behauptung der bloßen Recapitulation als unrichtig, andererseits, wo diese wirklich der Sache nach stattfände, während sie eine solche in der Form und vor diesem Gericht niemals ist, daß hierin durchaus kein Nachtheil zu erkennen sei, nachgewiesen habe. Jedenfalls wäre dies Opfer das geringere gegen das der Rechtssicherheit. Allerdings aber, wenn einmal die Sache so aufgefaßt wird, insbesondere mit Rücksicht auf das (angebliche) Bedürfniß, muß dann schon deshalb die Berufung verstattet werden, für deren Beibehaltung noch andere Gründe sprechen. Man muß dann als treffend erkennen, was (S. 164) gesagt wird: „Würde es nun selbst bei der ausgedehntesten Anwendung der Voruntersuchung nicht ohne Bedenken sein, ob gegen die Urtheile der correctionellen Gerichte jede Remedur in Beziehung auf die Feststellung der Thatsache zu versagen sein dürfte, so ist es ohne Vorausschickung einer Voruntersuchung selbstredend unmöglich, die Erschöpfung des thatsächlichen Materials auf eine Instanz zu beschränken. Es muß alsdann unter allen Umständen noch ein Mittel geben, die Schwächen und Lücken in der Beweisführung, welche in der contradictorischen Verhandlung hervorgetreten sind und welche häufig erst aus den Entscheidungsgründen erkennbar werden, anderweit zu verbessern und auszufüllen". Gewiß — und man mag gegenüber weiterer Ausdehnung des Restitutionsverfahrens [87])

[87]) Badische Straf-Proz.-O. § 401, Nr. 1—3 und insbesondere 4. Württemberg. Entwurf, Art. 456 mit 467.

mit Recht Bedenken tragen, die Berufung ganz auszuschließen. Aber wie sehr diese auch überhaupt gerechtfertigt ist, jene Mängel müssen um so mehr möglichst vermieden werden, als den Forderungen der Gerechtigkeit überall und vor Allem zu genügen ist — ganz abgesehen davon, ob ein Rechtsmittel Platz greift, dessen Gebrauch von so manchen Umständen abhängt und dessen Erfolg nicht stets der erwartete ist.

Die Bemerkungen über den „Instanzenzug in Ansehung der Appellation" scheinen für unsere Gerichtsverfassung und die zu nehmenden Rücksichten zutreffend (S. 168 ff.), und ebenso verdienen diejenigen über die „Einrichtung des Appellationsverfahrens" (S. 171 ff.) volle Beachtung. Es ist hier vornehmlich davon die Rede, wie sich in Betreff des thatsächlichen Theils der erstrichterlichen Entscheidung, gegen welche die Berufung zugelassen wird, bez. wie sich gegenüber den von dem ersten Richter gezogenen Resultaten der Appellationsrichter zu verhalten habe. Soll er — als läge nichts vor — durch ein ganz neues Verfahren die Grundlagen herstellen? Dieß wäre etwas Anderes als sonst unter Appellationsprozeß verstanden wird. Soll er die in erster Instanz gewonnenen Beweisergebnisse im Allgemeinen als maßgebend gelten lassen dürfen oder müssen, und soll diese Regel „entweder nur durch Zulassung n e u e r thatsächlicher Anführungen oder auch durch eine a l l g e m e i n e dem Appellationsgericht einzuräumende Revisionsbefugniß modificirt werden dürfen"?

Dieses letztere, wie es schon bisher bei uns galt, ist nun in näherer Bestimmung, wobei auch mehrere andere Gesetzgebungen zum Vorbild dienen, hier in einer d e n Vorzug gewährenden Weise angenommen worden, „daß es der Geltung des Princips der Mündlichkeit und den Anforderungen der materiellen Wahrheitsermittelungen gleichmäßig ihr Recht widerfahren läßt". Einigen sich entgegenstellenden Schwierigkeiten und daraus sich ergebenden Mängeln — die übrigens auch jetzt, wie ich glaube, und auf Grundlage der geltenden Vorschriften wohl beseitigt werden können, ist unter anderm durch die (an die Allg. Verf. v. 25. Nov. 1850, Nr. 3, sich anschließende) Befugniß des Appell.-Gerichts zu begegnen gesucht worden, „in allen Fällen eine s c h r i f t l i c h e Instruction der neuen Anführungen oder anderer Punkte, die ihm einer Aufklärung zu bedürfen scheinen, anzuordnen". Diese soll unter Beobachtung a l l e r R e g e l n d e r V o r u n t e r s u c h u n g erfolgen. Ist deren Ergebniß, daß die erstrichterliche thatsächliche Feststellung

aufrecht zu erhalten, sodaß dadurch die Erheblichkeit der neuen Ausführung des Appellanten für beseitigt oder die sonst entstandenen Bedenken für erledigt erachtet werden, so kann — selbstverständlich nach vorgängiger Discussion dieser Grundlage in der mündlichen Verhandlung — darauf ein Erkenntniß gefällt werden. „Gegen diese Benutzungsweise der schriftlichen Instruction, wonach sie niemals mit den von dem ersten Richter gezogenen Ergebnissen des mündlichen Verfahrens in Conflict treten, sondern nur zu deren Aufrechterhaltung dienen kann, wird sich umsoweniger etwas erinnern lassen, als ja auch das Restitutionsverfahren fast in allen Gesetzgebungen, und insbesondere in der V. v. 3. Jan. 1849, in der Art geregelt ist, daß zunächst schriftliche Ermittelungen eintreten, auf Grund deren das Gesuch ohne mündliche Beweisaufnahme zurückgewiesen werden kann (S. 173).

Diesem Falle steht der andere gegenüber, wo das Appell.-Gericht entweder ohne vorgängige schriftliche Instruction, oder nach den Ergebnissen einer solchen, findet, „daß die neuen Thatsachen oder Beweise geeignet sind, erhebliche Zweifel gegen die Richtigkeit der erstrichterlichen thatsächlichen Feststellung hervorzurufen, oder daß sonstige wesentliche Bedenken gegen dieselbe bestehen bleiben"; dann „soll es durch einen förmlichen Beschluß (zu dessen Fassung es einer mündlichen Verhandlung nicht bedarf) die Wiederaufnahme des mündlichen Beweisverfahrens und zwar in solchem Umfange verfügen, daß der gesammte Belastungs- und Entlastungsbeweis erschöpft und dadurch eine umfassende Grundlage für eine neue thatsächliche Feststellung gewonnen wird". Hiermit tritt „der Grundsatz der Mündlichkeit in seine volle Geltung".

Mit allen diesen und den hieran sich anschließenden näheren Ausführungen scheint dem praktischen Bedürfnisse entsprochen zu sein.

Dies möge zur Uebersicht genügen. Was noch über die Richtigkeitsbeschwerde bemerkt wird (S. 177), soll weiter unten, sofern dazu Veranlassung ist, berücksichtigt werden. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand und die Wiederaufnahme der Untersuchung, welche man sonst auch wohl zu den sog. außerordentlichen Rechtsmitteln rechnet (gleichwie nach einer Richtung die Nullitätsgrüde technisch verschieden von der Richtigkeitsbeschwerde), werden nicht in diesem Zusammenhange, sondern in den Titeln XVII und XVIII abgehandelt.

Die Rechtsmittel, denen der ganze XVI. Titel unter der oben angegebenen Ueberschrift gewidmet ist, werden nun in fünf Abschnitten zweckmäßig so erörtert, daß zuerst „Allgemeine (bez. gemeinschaftliche) Vorschriften aufgestellt werden, sodann Bestimmungen über die Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile, ferner besondere Bestimmungen über die Berufung gegen Urtheile und besondere Bestimmungen über die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile, woran sich endlich diejenigen über beide Rechtsmittel gegen Beschlüsse und Verfügungen anschließen.

Dies ist nun näher zu betrachten.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Vorschriften.

Der § 375 vereinfacht das System:

„Als Rechtsmittel, durch welche gerichtliche Urtheile im Instanzenzuge angefochten werden können, finden, vorbehaltlich der im Gesetze bestimmten Ausnahmen, statt:

1. gegen alle Urtheile erster Instanz mit Ausnahme der von den Schwurgerichtshöfen erlassenen:
   die Berufung.
2. gegen alle Urtheile der Appellationsgerichte und Schwurgerichtshöfe:
   die Nichtigkeitsbeschwerde.

Gegen die Beschlüsse und Verfügungen eines Gerichts sind, so weit das Gesetz nicht ein anderes bestimmt, die nämlichen Rechtsmittel, wie gegen dessen Urtheile, zulässig." Diese letztere Bestimmung, wodurch ebenso die Beschwerde an den Instanzenzug gewiesen, als der Recurs (im Wesentlichen eine Berufung) in der frühern Form eines eignen Rechtsmittels entbehrlich geworden ist, verdient Billigung. Eine Folge davon ist aber nun, daß jene beiden (ordentlichen) Rechtsmittel nicht nur von den im contradictorischen Verfahren Betheiligten dem Beschuldigten (d. h. hier, wo von Urtheilen die Rede ist, dem verurtheilten Angeklagten) und der Staatsanwaltschaft, zustehen, sondern auch von Zeugen, Sachverständigen und andern Personen gegen Beschlüsse und Verfügungen, welche eine Strafe gegen sie festsetzen oder sonst ihre Rechte unmittelbar berühren, ergriffen werden können" (§ 376).

Die Ergreifung ist durch die §§ 377, 378 zu Gunsten des Beschuldigten in der Form auf anzuerkennende Weise erleichtert.

Nach § 379 „hat die Staatsanwaltschaft das Recht, auch im Interesse des Beschuldigten Rechtsmittel einzulegen". Wenn dieser den ersten Absatz bildenden Bestimmung sodann in dem zweiten sich die andere anschließt:

„Ein jedes von ihr angewendete Rechtsmittel hat die Wirkung, daß die angefochtene Entscheidung auch zu Gunsten des Beschuldigten abgeändert oder vernichtet werden kann",

so dürfte es sich empfehlen, dies in einem eignen § auszusprechen. Der Fall ist nämlich nicht dem ersten Satze untergeordnet und mit diesem in Verbindung: vielmehr ist die Beschränkung auf das Interesse des Beschuldigten hier nicht gemeint, sondern (jedenfalls auch), daß das Rechtsmittel gegen zu gelinde Urtheile ergriffen werden könne. Dies folgt aus den Worten: „ein jedes Rechtsmittel", und man könnte für die allgemeine Auffassung auch das Wort „Beschuldigten" anführen, wenn nicht der Umstand, daß zu dessen Gunsten eine Abänderung oder Vernichtung stattfinden dürfe, dagegen spräche, jenen Ausdruck anders, als im Sinne des „Verurtheilten" (nur nach der Meinung der Staatsanwaltschaft zu gelinde) zu nehmen. Denn auf den Freigesprochenen läßt sich diese Wirkung nicht beziehen. Ist meine Auslegung richtig, so habe ich gegen die Vorschrift nichts zu erinnern, welche besagt, daß das Urtheil nur eben aussprechen soll, was Recht ist. Es ist obiges eine Wirkung, die eintreten kann, aber nicht muß. Und darum verschieden von der Bestimmung des dritten Absatzes, welcher, da er in Betreff der nur von dem Angeklagten gebrauchten Rechtsmittel die reformatio in peius untersagt, besser einen eignen § bildete. Der Inhalt, entsprechend den überall angenommenen Grundsätzen der Appellation, ist anzuerkennen. Die Fassung, obschon nicht undeutlich, läßt Einiges zu wünschen übrig. Der Nachdruck liegt in dem auf die Verfolgung des Rechtsmittels ergehenden nicht irgend einen, bez. „keinen andern", sondern dem Urtheile, welchem durch das angefochtene (soweit in Wirkung bleibende) eine Grenze gesetzt wird.

Der in § 380 aufgestellte Unterschied, hinsichtlich des Zeitpunktes, bis zu welchem die Zurücknahme eines Rechtsmittels gestattet ist, zwischen der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten ist wohl begründet.

Zweiter Abschnitt.

Bestimmungen über die Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile.

Die §§ 381—383 (ohne Randbezeichnung) handeln von den Fristen und den zu beobachtenden Formen. Hiegegen und gegen die Bestimmungen über Zulassung oder Zurückweisung des Rechtsmittels durch das Gericht erster Instanz, sowie die Berufung gegen solche Verfügung an das Gericht, welches auf das Rechtsmittel in der Hauptsache zu entscheiden haben würde, scheint nichts zu erinnern.

Dritter Abschnitt.

Besondere Bestimmungen über die Berufung gegen Urtheile.

Gibt man die Nothwendigkeit der Appellation, bez. die Bedenklichkeit der völligen Ausschließung derselben, zu — selbst in der Beschränkung, wie jetzt das Rechtsmittel genommen wird —, so wird man der Behandlung im Entwurfe die gebührende Anerkennung nicht versagen dürfen.

Gleich der § 384, welcher an der Spitze steht, über „Anmeldung und Rechtfertigung“ bekundet eine Begünstigung des Rechtsmittels, die allerdings auch schon in früherer Zeit in unserer Gesetzgebung bestanden [88]: „Als Anmeldung der Berufung von Seiten des Angeklagten ist jede Erklärung anzusehen, welche die Absicht zu erkennen gibt, die Entscheidung eines andern Gerichts herbeigeführt zu sehen.

Als Gegenstand der Beschwerde ist der ganze, dem Appellanten nachtheilige Inhalt des angefochtenen Urtheils zu betrachten, sofern nicht aus der Angabe der Beschwerdepunkte ein Anderes erhellt.“

Durch die Vorschriften von § 381 über die Erfordernisse der Anmeldung und Rechtfertigung in Betreff der Zeit und der Form (schriftliche oder protocollarische Erklärung der Anmeldung) ist dafür gesorgt, daß nicht der Absatz, der den Vortheil des Angeklag-

---

[88]) Criminal-Ordnung v. J. 1805, § 518 a. E.

ten bezweckt, im Sinne einer ihn benachtheiligenden Beschränkung durch die Zeitberechnung ausgelegt werde.

Nach § 385 dürfen zur Begründung der Beschwerde neue Thatsachen und Beweismittel angeführt werden, deren Anzeige unter Darlegung ihrer Erheblichkeit bei der Rechtfertigung des Rechtsmittels (§ 381) erfolgen muß. Vergegenwärtigt man sich, daß hier nicht solche nova verstanden werden, von denen möglicherweise erst in einer weit spätern Zeit Kenntniß erlangt und Gebrauch gemacht werden kann, die im frühern Rechte und gemeinrechtlich, gleichwie in dem bürgerlichen Prozesse, Grund einer Restitution und in Folge dieser einer Wiederaufnahme der Sache sein konnten, und so auch — wenngleich in etwas anderer Weise — in den neuern Gesetzgebungen anerkannt sind, daß vielmehr hier nur solche neue Thatsachen und Beweismittel gemeint sind, deren sofortige Kenntniß und Benutzung, jedenfalls nach dem Eingang, der Zustellung des anzufechtenden Urtheils und der Entscheidungsgründe, möglich ist, so wird man die Bestimmung nicht zu streng finden, welche hier in Ansehung der Zeit getroffen ist. Nämlich einmal, daß die Anzeige sogleich in Verbindung mit der Rechtfertigung des Rechtsmittels stattfinden muß, vollends wenn diese allein oder doch vornämlich auf diese neuen Anführungen gegründet werden soll, auf welche, wie die Motive erinnern, nicht selten erst durch die Veröffentlichung der Entscheidungsgründe die Aufmerksamkeit gelenkt wird. Sodann, daß einem Antrag auf Verlängerung der Rechtfertigungsfrist „in so weit statt gegeben werden kann, als dadurch die doppelte Dauer der Frist nicht überschritten wird". Die Frist ist, wie man aus § 387, Absatz 2 (und der Anmerkung) ersieht, nicht präclusorisch, d. h. auch wenn die Rechtfertigung verspätet eingeht, wird sie dem Appell.-Gericht vorgelegt, und soll bei der Verhandlung und der Entscheidung der Sache berücksichtigt werden — vorbehaltlich der Bestimmung des § 252. Hierbei wird man sich im Allgemeinen beruhigen dürfen, und so soll auch kein besonderes Gewicht darauf gelegt werden, daß der Schlußsatz des § 385 es zweifelhaft erscheinen lasse, ob überhaupt nur eine Verlängerung von noch zehn Tagen zulässig sei, also die Bestimmung: „daß dadurch die doppelte Dauer der Frist nicht überschritten wird" unter Einrechnung der ersten gesetzlichen Frist zu verstehen sei — die erste Frist und die neuere zusammen die doppelte Dauer der (ursprünglich) zehntägigen Frist: — oder ob — ohne Einrechnung

der ersten Frist, die Verlängerung nicht das Doppelte überschreiten, aber doch sich so weit, also auf zweimal zehn Tage erstrecken darf. Das Wort: „dadurch" kann auf das Gesammtergebniß bezogen werden, und dies scheint mir der rechte (wenn auch dem Appellanten weniger günstige) Sinn zu sein — aber auch auf die Verlängerung, welcher als solcher statt gegeben, aber jene Grenze, daß sie nicht die doppelte Dauer der ersten Frist überschreite, gesetzt wird. Für die letztere Auslegung läßt sich die Erklärung in der Anmerkung anführen: „so ist ein Bedürfniß, eine Verlängerung der Frist noch über die doppelte Dauer zuzulassen, nicht vorhanden", obschon diese Anmerkung einen andern Zweck hat, als jenen möglichen Zweifel zu beseitigen.

Die Vorschriften über Gegenerklärung und Acteneinsendung, § 386 und § 387, verdienen Beifall. „Wenn die Rechtfertigung der Berufung nicht erfolgt, so wird mit der Anmeldung nach Maßgabe von § 386 verfahren." Somit hat das Unterbleiben der Rechtfertigung nicht die Wirkung, daß die Nichtpersequirung des Rechtsmittels angenommen, sondern vielmehr daß, so weit es möglich ist, und im Anhalt an § 384, in der Sache fortverhandelt wird. Anders bei der Nichtigkeitsbeschwerde § 404.

Den schwierigsten, bereits berührten und bei der Frage über die Vereinbarkeit der Berufung mit den Grundsätzen des mündlichen Verfahrens vielfach erörterten Punkt bildet, was § 386 über „die Grundsätze für das Verfahren des Appellationsgerichts" angeordnet ist. Dieses muß nämlich „hinsichtlich derjenigen Thatsachen, welche in Gemäßheit des § 363 in dem Urtheile hervorzuheben und für erwiesen oder für nicht erwiesen zu erklären sind, seiner Entscheidung die in dem ersten Urtheile enthaltene Feststellung zu Grunde legen, insofern nicht das Ergebniß einer von ihm beschlossenen Wiederaufnahme des Beweisverfahrens eine anderweite thatsächliche Feststellung begründet".

Wann eine solche, die nur beschränkt zulässig ist, zu beschließen sei, wird im zweiten Absatz, in Uebereinstimmung mit dem bestehenden Rechte und andern Gesetzgebungen, angegeben, und danach, § 389, das Erforderliche angeordnet, sowohl über die Vornahme von Untersuchungshandlungen jeder Art, als auch über das Beweisverfahren vor dem Appellationsgerichte selbst, unter Verweisung auf die hierfür ertheilten allgemeinen Vorschriften. Dagegen ist, wie die Sache hier aufgefaßt wird, nichts zu bemerken.

Der § 390 umfaßt verschiedene Fälle, nach welchen das Verfahren sich näher bestimmt. Es würde sich empfehlen, diese in mehrere §§ zu sondern. Was Absatz 1 bestimmt, beruht auf der jetzigen Auffassung des Verhältnisses der Nichtigkeitsbeschwerde zu der Berufung und mag, da es theils nicht an einer geschichtlichen Grundlage fehlt, theils auf den Namen nichts ankommt, wo es sich um das praktische Ergebniß handelt, — nichts erinnert werden. Hiernach kann die Berufung darauf gegründet werden, daß das Verfahren in erster Instanz an einer Nichtigkeit leide (§ 401). Hier „hebt das Appell.-Gericht, wenn es diese Beschwerde für begründet erachtet, das angegriffene Urtheil auf, erkennt, wenn nicht besondere Gründe die Zurückverweisung in die erste Instanz als erforderlich darstellen, selbst in der Sache, was Rechtens. Bedarf es hiezu einer anderweiten thatsächlichen Feststellung (§ 388), so muß zu diesem Zwecke das Beweisverfahren wieder aufgenommen werden".

Von diesem Fall einer behaupteten Nichtigkeit, in Betreff der Anwendung des Gesetzes, die das Urtheil als sententia iniqua darstellt, überhaupt oder rücksichtlich der thatsächlichen Voraussetzungen — (wobei die Worte: „Verfahren in erster Instanz an einer Nichtigkeit leide", hier beschränkt zu nehmen sind — da sonst das andere Rechtsmittel begründet wäre — und wo die Worte: „besondere Gründe" zu unbestimmt sind —) ist nun verschieden der in Absatz 2 vorgesehene Fall, dem wir einen eigenen § gewidmet sehen möchten; überhaupt aber gar nicht hier, sondern bei der Nichtigkeit in dem folgenden Abschnitte seine Stelle anweisen würden. Umsomehr, als die Ueberschreitung der sachlichen Zuständigkeit, oder der Grenzen der den ordentlichen Gerichten zustehenden Gerichtsbarkeit überhaupt, oder die Verfehlung gegen Vorschriften, deren Beobachtung bei Vermeidung der Nichtigkeit vorgeschrieben ist — von dem Appellationsgericht (und mit Recht) auch dann von Amtswegen berücksichtigt werden soll, „wenn der Mangel durch die Berufung nicht gerügt worden ist". Es muß also diese sich auf etwas Anderes, auf die Strafe und deren Voraussetzungen, bezogen haben. Daß alsdann das frühere Urtheil aufgehoben werden müsse, nicht aber von dem Appell.-Gericht ein anderes Erkenntniß in der Sache selbst gefällt werden dürfe, ist richtig bestimmt. Allerdings läßt sich gegen meine Erinnerung hinsichtlich der Stellung dieser Vorschriften geltend machen, daß

eben nur Berufung und nicht die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt ist. Man könnte durch eine Verweisung auf letztere und das dabei zu beobachtende Verfahren abhelfen.

Der Schlußsatz: „Das letztere gilt auch dann, wenn die Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit der Gerichte verletzt worden sind" scheint mir nicht in Uebereinstimmung mit dem Inhalte von § 50, 51 zu stehen. In § 418, Nr. 2 ist zwar ein Rechtsmittel gegen „Beschlüsse, durch welche die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichts verworfen wird" zugelassen, aber dies bildet einen eignen, bez. Incidenzpunkt, worüber sich die Anmerkung S. 202 näher ausspricht. In dem § 390, der seine Stelle bei der Berufung gegen Urtheile hat, ist aber die Voraussetzung eine andere, und die Sache nach § 51 a. E. so erledigt, daß nicht nochmals in der Appell.-Instanz der nicht gerügte Mangel örtlicher Incompetenz Gegenstand einer von Amtswegen auszusprechenden Aufhebung des ersten Urtheils sein sollte. Hier heißt es: „Ist die Einrede durch einen endgültigen Beschluß verworfen worden, so ist damit die örtliche Zuständigkeit des Gerichts auch für die Hauptverhandlung und Urtheilsfällung festgestellt". Will man den Bedenken durch die Bemerkung begegnen, es sei eben die Rede von Fällen, wo jene Einrede gar nicht während der Verhandlung in erster Instanz vorgebracht worden — so erscheint die jetzt dem Appell.-Gericht (vor dem dieser Mangel bei der Berufung nicht gerügt wird) eingeräumte Befugniß oder auferlegte Verpflichtung umsoweniger zu billigen, als § 50 verfügt: „Die Gerichte haben bei Eröffnung der Voruntersuchung und des Hauptverfahrens ihre örtliche Zuständigkeit von Amtswegen zu prüfen. Dagegen dürfen sie nach Eröffnung des Hauptverfahrens eine Unzuständigkeitserklärung dieser Art nicht mehr von Amtswegen aussprechen". (Vgl. Anmerkung zu § 401, 1.)

Der weitere Inhalt des Abschnittes: „Verfahrensweise des Appellationsgerichts", § 391—396 und „Inhalt des Urtheils", § 397—399 gibt zu Erinnerungen keinen Stoff.

Vierter Abschnitt.

Besondere Bestimmungen über die Nichtigkeitsbeschwerde gegen Urtheile.

Die von dem ältern Rechte sich unterscheidende eigenthümliche Auffassung dieses Rechtsmittels, in dem Organismus des Verfah-

rens und im Verhältniß zu der Berufung, welche einerseits beschränkt, andererseits gegen Urtheile der Schwurgerichte ausgeschlossen ist, darf hier nicht von Neuem einer Kritik unterworfen werden. Die Motive (S. 177) bemerken, daß für die Gesetzgebung zweifellos der Zielpunkt in Bezug auf die Zulassung der Nichtigkeitsbeschwerde darauf gerichtet sein müsse, alle Sachen, in denen es sich nur um thatsächliche Fragen handelt, von dem höchsten Gerichtshofe möglichst fern zu halten, dagegen alle Rechtsfragen, mögen sie große oder kleine Objecte betreffen, der Einwirkung des Ober-Tribunals zugänglich zu machen". Es wird weiter gesagt, daß ein allseitig befriedigendes Mittel, dieses letztere Ziel zu sichern, ohne gleichzeitig den Andrang der ersten Gattung von Sachen zu vermehren, sich nicht auffinden lasse". Der in der Rhein. Straf-Pr.-O. getroffene Ausweg, mittelst Succumbenzstrafen, welchen auch der frühere Entwurf in den §§ 455, 456 theilweise modificirt vorgeschlagen hatte, fand keine Beistimmung. Auch ich hatte meine Bedenken nicht verhehlt[89]). Jetzt wird auf derartige Hemmungsmittel verzichtet und der Zweck durch Beibehaltung der im Gesetz v. 3. Mai 1852, insbesondere Art. 106 und 129, aufgestellten Beschränkung bez. Ausschließung der Nichtigkeitsbeschwerde in Uebertretungssachen zu erreichen gesucht.

Im Wesentlichen ist das, was schon jetzt von der Nichtigkeitsbeschwerde gilt, beibehalten. Dieselbe ist nach § 400 „nur dann begründet, wenn

1) die angefochtene Entscheidung die Verletzung oder unrichtige Anwendung eines Gesetzes oder Rechtsgrundsatzes in sich schließt, oder
2) das Verfahren, in welchem sie ergangen ist, an einer Nichtigkeit leidet".

In dem ersten Falle gewährt sie zugleich einen Ersatz oder eine Ergänzung der Berufung, namentlich gegen Erkenntnisse der Schwurgerichte, wider welche die Appellation nicht stattfindet. Für den zweiten gibt § 401 die Kategorien an, wenn das Gericht, welches die Entscheidung getroffen hat, entweder

1) den Kreis seiner sachlichen Zuständigkeit, oder die Grenzen der den ordentlichen Gerichten überhaupt zustehenden Gerichtsbarkeit überschritten, oder

---

[89]) A. a. O., S. 195.

2) gegen Vorschriften gefehlt hat, deren Beobachtung bei Vermeidung der Nichtigkeit vorgeschrieben ist, oder wenn
3) die Entscheidung auf der Grundlage anderer Verletzungen wesentlicher Vorschriften oder Grundsätze des Verfahrens ergangen ist".

In Ansehung der „prozessualen Nichtigkeitsgründe" wird das von dem Entwurfe beobachtete System näher gerechtfertigt, unter Bezugnahme auf das Gesetz v. 3. Mai 1852, Art. 108, welches, nach dem Vorgange des Entwurfs v. J. 1851, § 447, den allein richtigen Weg eingeschlagen habe[90]), nämlich: die Beschwerde wegen aller Verletzungen wesentlicher Vorschriften oder Grundsätze des Verfahrens zuzulassen, und die Beurtheilung dieser Wesentlichkeit dem Ober-Tribunal zu überlassen — unter Verzichtleistung auf den Versuch, alle wesentlichen Mängel des Verfahrens von den unwesentlichen auszuscheiden und ausdrücklich unter Nichtigkeitsstrafen zu stellen. Wenn demnach jenes Gesetz beispielsweise einzelne specielle Nichtigkeitsgründe hervorgehoben[91]), so sollte dies — was den Parteien nun Richtschnur sein kann, nicht eine solche für das Ober-Tribunal bezweckt haben.

Für die Verzichtleistung auf die Hervorhebung einzelner Nichtigkeitsgründe und auf die Methode, einzelne an andern Stellen der Straf-Pr.-O. vorkommende Vorschriften unter Nichtigkeitsstrafe zu stellen, da dies nur eine andere Form dieser Hervorhebung ist, wird treffend bemerkt: „Der Richter ist verpflichtet, alle imperativen Gesetzesvorschriften zu befolgen; sollte diesen Vorschriften in dem vorliegenden Entwurfe eine Ausdehnung gegeben sein, welche das richterliche Ermessen zu sehr beschränkt, so würde daraus nur folgen, daß in dieser Beziehung eine Redactionsänderung eintreten muß; niemals aber kann der Umstand, daß eine Vorschrift nicht unter Nichtigkeit gestellt ist, einen Grund abgeben, sich von Beobachtung derselben entbunden zu glauben. Könnte das System der Nichtigkeitsandrohungen eine solche Mißdeutung hervorrufen, so würde dies nur ein Grund mehr sein, dasselbe fallen zu lassen".

„Es gibt indessen doch eine Gattung von Nichtigkeitsgründen, deren ausdrückliche Hervorhebung der Entwurf für erforderlich

[90]) Kritische Betrachtung, S. 186.

[91]) Anm. 2 zu § 401: „Vorschriften, welche bei Vermeidung der Nichtigkeit gegeben sind, finden sich in den §§ 6, 14, 23 Nr. 2, §§ 32, 237, 244, 274, 324 und 351".

erachtet hat. Man kann nämlich unter den wesentlichen Vorschriften des Verfahrens unterscheiden:

1) Vorschriften, welche mit der politischen Grundlage der Strafgerichtsverfassung dergestalt zusammenhängen, daß ein unter Verabsäumung derselben ergangenes Erkenntniß gar nicht als Urtheil anerkannt werden kann;
2) Vorschriften, welche mittelst Sicherung des Prozeßganges und Bestimmung der Rechte der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten einen sachgemäßen Ausfall der Entscheidung verbürgen sollen, so, daß ein unter Verabsäumung derselben ergangenes Erkenntniß nicht als ein gerechtes Urtheil angesehen werden kann."

Zu denen der ersten Gattung, welche das Gesetz besonders auszeichnen und hervorheben muß, weil ihre Wesentlichkeit nicht sowohl durch die Natur des Strafverfahrens, als vielmehr durch die Verbindung mit bestehenden positiven Einrichtungen bedingt ist, wird z. B. die Oeffentlichkeit der Hauptverhandlung gerechnet, ferner, was die Besetzung der Gerichte und die Fähigkeit zum Geschworenen-Berufe betrifft. Auch deshalb empfiehlt es sich, diese Gattung von Vorschriften besonders kennbar zu machen, weil sie das Eigenthümliche haben, daß die bloße Thatsache ihrer Verabsäumung die Nichtigkeit begründet, ohne daß es irgendwie in Frage kommt, ob aus derselben ein rechtsverletzender Nachtheil für die Partei entstanden sein kann.

Bei der zweiten Gattung von Vorschriften, möge die verletzte Vorschrift auch an und für sich noch so wesentlich sein, entsteht doch nur dann eine Nichtigkeit, wenn zwischen dieser Verabsäumung und der beschwerenden Entscheidung ein prozessualer Zusammenhang besteht, wie z. B. Art. 84 des Ges. v. 3. Mai 1852.

Hiernach stellt nun § 401, Nr. 1 und 2 die sog. positiven, Nr. 3 nur die Nichtigkeitsgründe der zweiten Art, die hier sog. natürlichen, im Grundsatze auf — wobei, abgesehen von einer statthaften Erinnerung gegen diesen, von dem sonstigen etwas abweichenden Sprachgebrauch, zu bemerken ist, daß die erste Kategorie von Amtswegen zu berücksichtigen sei — bei der letztern ein Antrag erfordert werde. So ist denn auch „von dieser Unterscheidung in § 390 für das Appellations-Verfahren Gebrauch gemacht worden, um die Fälle zu bezeichnen, in denen der Appellationsrichter Nichtigkeiten des ersten Urtheils auch von Amtswegen rügen muß, womit jedoch

nicht hat ausgesprochen werden sollen, daß der Appellationsrichter eine an andern Mängeln leidende thatsächliche Feststellung sich ohne Weiteres aneignen könne".

Nach diesen Begründungen, die ebenso an sich als hinsichtlich der daraus abgeleiteten praktischen Folgerungen gerechtfertigt erscheinen, kann ich mich mit dem Inhalt dieses Abschnittes im Ganzen einverstanden erklären.

Zwar der letzte Absatz des § 401: „Es kann jedoch Niemand über die Beschränkung von Prozeßbefugnissen Beschwerde führen, wenn er durch sein eigenes Verhalten zu erkennen gegeben hat, daß er die Beschränkung für eine ihm nachtheilige nicht erachte" könnte einiges Bedenken erwecken. Da doch — wie man voraussetzen muß — eine Beschwerde geführt und nicht stillschweigend, wie die sog. heilbare Nichtigkeit, ungerügt bleibt — so ist auch möglich, daß der sich Beschwerende, ohnerachtet seines frühern (zustimmenden) Verhaltens, später und durch das ihm ungünstige Urtheil eines Andern belehrt werde. Dagegen ist der Schlußsatz durchaus zu billigen: „Die Verletzung von Vorschriften, welche lediglich im Interesse des Angeklagten gegeben sind, kann von der Staatsanwaltschaft niemals zu dem Zwecke geltend gemacht werden, um eine Vernichtung der ergangenen Entscheidung zum Nachtheil des Angeklagten herbeizuführen". Wenn, da nach § 402 die Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen ist, wo in der Instanz, in welcher die angefochtene (?) Entscheidung ergangen ist, lediglich eine Uebertretung Gegenstand der Untersuchung gewesen war, in § 403 „die Staatsanwaltschaft bei dem Appellationsgerichte, jedoch nur mit ausdrücklicher Ermächtigung des Justizministers berechtigt sein soll, dieses Rechtsmittel in außerordentlicher Weise dann zu ergreifen, wenn sie dies zur Aufrechthaltung wesentlicher Grundsätze des Rechts oder des Verfahrens, oder im Interesse der Einheit der Rechtsprechung für erforderlich erachtet", so ist dies zu billigen. Man könnte allenfalls statt der Ermächtigung des Justizministers die des Oberstaatsanwalts, bez. des bei dem Gerichtshofe angestellten, für genügend erachten, umsomehr, als der zweite Absatz ein Bedenken hervorruft: „Wird die Vernichtung ausgesprochen und ergeht in Folge derselben eine dem Angeklagten nachtheiligere Entscheidung, so ist der Justizminister berechtigt, die Nichtvollstreckung derselben, insoweit sie dem Angeklagten nachtheiliger ist, zu verfügen". Man wird wohl annehmen dürfen, daß hier nicht die Rede von

einer facultativen Bestimmung, von einer Berechtigung sei, von welcher der Justizminister, wenn er der Meinung wäre, keinen Gebrauch machen müßte: Der Zweck des außerordentlicher Weise zulässigen Rechtsmittels ist genügend angegeben, daß es in seinem Erfolge nicht den Angeklagten beeinträchtigen dürfe. Ja man könnte, da die Anfechtung nur in jener Beschränkung stattfindet[92]), selbst ohne einen Widerspruch mit der auch nur in dieser Hinsicht auszusprechenden Vernichtung, sich für die Fassung erklären, deren Ergebniß das nämliche ist, daß das frühere Urtheil, wo es minder nachtheilig war, bestehen bleibe.

Im Uebrigen ist gut motivirt, weshalb der § 142 der V. v. 3. Jan. 1849 und Art. 109 des Gesetzes v. 3. Mai 1852 nicht wieder aufgenommen und die Staatsanwaltschaft in Bezug auf schwurgerichtliche Erkenntnisse nicht mehr, als der Angeklagte rücksichtlich der Zulässigkeit der Nichtigkeitsbeschwerde, zu beschränken sei, vorbehaltlich der schon erwähnten Bestimmung des Schlußsatzes von § 401 (Motive S. 181).

Fünfter Abschnitt.

Bestimmungen über die Berufung gegen Beschlüsse und Verfügungen.

Was hier § 413—424 im Anschluß an die vorausgehenden Abschnitte und zum Theil an das jetzt geltende Recht und bewährte Praxis verordnet, zum Theil nur in abweichender Weise von der sonstigen Behandlung der einschlagenden Fragen in andern Gesetzgebungen bestimmt wird, erscheint im Ganzen zu billigen. Ueber Einzelnes wird man Erfahrungen zu machen und zu prüfen haben. So wird die in § 416 aufgestellte Unterscheidung der vor das Schwurgericht gewiesenen Sachen, wo alle die Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache betreffenden Beschlüsse und Verfügungen nur mit der Nichtigkeitsbeschwerde anfechtbar, alle andern Beschlüsse und Verfügungen aber dem Rechtsmittel der Berufung unterworfen sind — ohne Unterschied, ob der Beschluß oder die Verfügung von dem Schwurgerichtshofe selbst oder von der Strafkammer ausgegangen ist — als in dem, im Entwurfe über diese Rechtsmittel aufgestellten System begründet erachtet

---

92) Meine Kritik, S. 185 ff.

werden. Und dem entsprechend, was der zweite Absatz hinsichtlich der Anordnungen verfügt, welche die Verhandlung und Entscheidung nicht betreffen, wobei namentlich der unter Bezugnahme auf § 169 hinsichtlich der Zeugen gemachte Vorbehalt zu billigen ist. Ob die facultative Bezeichnung der von dem Gerichte zu treffenden Wahl der geeigneten Mittel zum Zweck der Aufklärung § 420, insbesondere bei Einforderung der Acten, die Rücksicht, daß die dadurch entstehende Verzögerung geringern Nachtheil herbeiführe, als derjenige ist, welcher durch das Rechtsmittel beseitigt werden soll — angemessen sei, kann fraglich erscheinen. In dieser Form und Fassung dürfte man sie nicht wohl gutheißen. In der Sache und wo es sich um Abstellung einer (wenigstens angeblichen) Beschwerde handelt, unterliegt es allerdings keinem Zweifel, daß die Rücksicht auf Beschleunigung nicht entgegentreten dürfe — daß also die ihr entsprechende, eine Verzögerung und deren Nachtheile zu vermeiden, nicht den Vorzug vor der Forderung der Gerechtigkeit haben kann, ein wider eine Verfügung oder einen Beschluß ergriffenes Rechtsmittel so gründlich als möglich zu prüfen. Dies muß als unerläßliche Voraussetzung angenommen werden, welche einer — der Mißdeutung unterliegenden — Bestimmung nicht bedarf. Ohnehin, wenn anders im Interesse der Beschleunigung verfahren werden sollte, liegt es, nach § 411, nicht in der Gewalt des Gerichts, die Verzögerungen zu hindern, die unvermeidlich durch die nicht zu beschränkenden Anträge der Staatsanwaltschaft herbeigeführt werden können.

Siebzehnter Titel.

Von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Die hier ertheilten gesetzlichen Vorschriften beziehen sich auf die Restitution gegen die Versäumniß von Präclusiv-Fristen. Es ist angemessen, hiervon in einem eignen Titel und getrennt von der Wiederaufnahme der Untersuchung zu handeln, welche letztere zwar auch auf Grund einer Restitution eintreten kann, jedoch diese nicht stets voraussetzt, und auch, da sie in dem weitern Umfange einer Richtung gegen den Freigesprochenen stattfindet, ihrem Inhalt nach bestimmter von der Restitution

m Sinne des gemeinen Rechts unterschieden werden muß. Hier ist lediglich die Rede von der Gewährung der Möglichkeit für den wegen Versäumniß präcludirten und von einem rechtlichen Nachtheile getroffenen Angeklagten, später noch das Versäumte in seinem Interesse nachzuholen. Der frühere Entwurf enthält hierüber keinen besondern Titel; andere Gesetzgebungen, z. B. Baden § 156 und jetzt Hessen-Darmstadt (im Anschluß an unsern frühern Entwurf) behandeln den Gegenstand in dem Titel von den Fristen und deren Berechnung, und es läßt sich auch diese Methode vertheidigen[93]. Der gegenwärtige Entwurf, zunächst dem bestehenden Rechte sich anschließend, jedoch dasselbe ergänzend, ist ausführlicher, als die soeben angeführten Gesetzgebungen und, wenn auch scheinbar strenger, doch im Ganzen zu billigen, da, bei genauerer Prüfung der Bestimmungen, sich ergibt, daß das Recht nicht gefährdet sei. Was als die wichtigste Frage in den Motiven bezeichnet wird: „ob auch gegen Contumacial-Urtheile ein Mittel eingeräumt werden solle, durch welches der Verurtheilte die Folgen einer ohne seine Schuld erfolgten Versäumung der Hauptverhandlung abwenden kann?" erledigt sich in Betreff der Schwurgerichtssachen, da hier, wie die Motive ausführen, nach der großen Beschränkung des Contumacial-Verfahrens und der „niemals unabänderlichen Wirkung" des hiernach ergehenden Erkenntnisses, die der Angeklagte bez. Verurtheilte jederzeit durch seine freiwillige Gestellung abzuwenden vermag, jene Frage nicht eintritt, und ein Bedürfniß zu einer besondern Restitution nicht stattfindet[94]. Dagegen tritt dieses hervor in den Fällen, welche vor die Strafkammer und den Polizeirichter gehören. Es ist gut motivirt, wie hier, ohnerachtet der dem Richter obliegenden Pflicht, zufolge der Annahme einer negativen Litis-Contestation, die Beweise für die Anklage sorgfältig zu prüfen, nicht ein so hinreichender Schutz gegen eine mögliche ungerechte Verurtheilung gegeben sei, daß die Restitution entbehrt werden könnte. Nur glaubte man dem zu besorgenden Mißbrauche begegnen zu sollen. So ist, und gewiß mit gutem Grund, das Rechtsmittel der Opposition, wie es die Rheinische Straf-Pr.-O. Art. 149—151, 186—188 zuläßt, nicht

[93]) Meine angef. Kritische Betrachtung, S. 94.

[94]) Vgl. meine Schrift: „Ueber die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen". (Berlin 1862). S. 99.

aufgenommen; wie es denn bereits, nachdem es durch die V. v. 3. Jan. 1849 für das schwurgerichtliche Verfahren gestattet war, durch das Gesetz v. 3. Mai 1852 aufgehoben worden ist.

Die Verbindung der beiden Rücksichten, einerseits den Anforderungen des Rechts zu genügen, wo eine unverschuldete Versäumniß, sei es einer präclusivischen Frist überhaupt, sei es insbesondere einer solchen, die eine Verurtheilung zur Folge hatte, vorliegt, und andererseits dem möglichen Mißbrauche und der Verschleppung der Sache zu begegnen, scheint durch die vorgeschlagenen Bestimmungen wohl gelungen. Diese stehen mit den Vorschriften über das Verfahren nach dem Unterschiede der sachlichen Competenz in richtigem Zusammenhang. Bei der Frage: „in wie fern der Angeklagte befugt sein soll, ein Contumacial-Urtheil aus dem Grunde anzufechten, weil er von der Vorladung keine Kenntniß erhalten hat?“ — deren Bedeutung bei den erwähnten nicht schwurgerichtlichen Fällen hervortritt — ist mit Recht unterschieden worden. Wenn nämlich: „die Zustellung der Vorladung nicht in gehöriger Weise erfolgt ist —“ also eine wesentliche Prozeß-Vorschrift zum Nachtheile des Angeklagten verletzt ist, wird durch das ordentliche Rechtsmittel der Nichtigkeitsbeschwerde abgeholfen. Dies ist aber nicht zulässig, wenn bei der Vorladung die gesetzlichen Formen (ich möchte hier vorziehen: die gesetzlichen Erfordernisse) beobachtet sind. Hier glauben die Motive, bei Gewährung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, „wenn die Zustellung nicht an den Angeklagten persönlich erfolgte und ihm die Ladung erweislich (ohne seine Schuld) unbekannt geblieben war“, seien einige Gesetzgebungen zu weit gegangen. Die Motive erklären sich für die Unvermeidlichkeit der Fictionen bei dem Ladungswesen, und gegen die Verwandlung der gesetzlichen Fiction in eine bloße Präsumtion, wollte man die Einrede gestatten, daß der Angeklagte, ohngeachtet der in gesetzlicher Form erfolgten Ladung, von derselben keine Kenntniß erhalten habe. Das heißt, gegen die Fiction ist eine Beweisführung ausgeschlossen, während die Präsumtion durch eine solche beseitigt werden darf. Nach einer Schilderung der solchen entgegentretenden Bedenken heißt es: „Man wird besser thun, eine Beweisführung von so zweifelhaftem Werthe von dem Strafverfahren fern zu halten“.

Wenn es nun eine scheinbare Strenge ist, den Gegenbeweis in solcher Allgemeinheit nicht zuzulassen, so mildert sich dies durch

die Gewährung der Wiedereinsetzung, „wenn ein objectives Hinderniß nachgewiesen ist, in Folge dessen es der Person, an welche die Behändigung geschah, nicht möglich war, dem Angeklagten eine rechtzeitige Nachricht von der Vorladung zugehen zu lassen".

Allerdings sind die zur Motivirung angeführten Bemerkungen nicht, wie das Gesetz selbst, Gegenstand der Auslegung, aber sie sind doch Hilfsmittel. Man könnte den Unterschied der subjectiven und objectiven Hindernisse als nicht überall durchgreifenden oder scharf zu bestimmenden ansehen; und man würde, wenn man nicht unter erstere alle oder auch nur die Fälle stellen will, wo dem Angeklagten nach einmal erlangter amtlicher Kenntniß der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung — die Verabsäumung einer Pflicht zur Last fällt, „welche stets die Vermuthung einer versuchten Erschwerung der Untersuchung begründet und daher nicht begünstigt werden darf" — wo dann alle andern, von ihm nicht verschuldeten Hindernisse als objectiv gelten, im besondern Fall in Verlegenheit kommen. Denn — nähme man es anders, — so ist doch der Umstand, daß Jemand sich auf Reisen befindet und deshalb die Zustellung nicht möglich ist, etwas in seiner Person liegendes Subjectives, während die schwere Erkrankung der zur Weiterbeförderung der Vorladung, mittelst ihr gemachter Mittheilung, bestimmten Person, die Unterbrechung der Postverbindung nicht unter diesen Gesichtspunkt fallen. Indessen beseitigen sich die Zweifel durch das Gesetz selbst. Die in § 425 genannten Gründe, „wenn

1) Naturbegebenheiten oder andere unabwendbare Zufälle, welche eine vorgängige Anzeige und Bescheinigung nicht zuließen, ihn am rechtzeitigen Erscheinen verhindert haben, oder ihm
2) die erste im Hauptverfahren ergangene Vorladung wegen seiner Abwesenheit auf Reisen oder wegen eines andern Hindernisses, von derjenigen Person, an welche die Behändigung geschah, nicht mitgetheilt werden konnte"

dürften wohl ausreichen, um den hier zu machenden Forderungen zu genügen. Auch die nach § 428 für das Gesuch einer Wiedereinsetzung bestimmte Frist von zehn Tagen nach Ablauf der (in der Vorladung gesetzten) Frist, oder nach der versäumten Sitzung, ist keine Beschränkung, gegen die man sich erklären müßte, da ausdrücklich vorbehalten ist, daß, „wenn das Hinderniß erst später gehoben wurde", die Berechnung der zehn Tage erst nach „Wegfall

desselben" stattfindet, wo dann billig die Angabe und Bescheinigung der Hinderungsgründe gefordert wird. Daß über das Gesuch auch die Staatsanwaltschaft gehört werde, rechtfertigt sich aus dem Organismus des Verfahrens. Auch darin erscheint der Angeklagte begünstigt, daß gegen die Zurückweisung, nicht aber die Zulassung des Gesuchs ein Rechtsmittel stattfindet, „unbeschadet der Befugniß (für den Staatsanwalt), die Unzulässigkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei der weitern Verhandlung geltend zu machen".

Endlich, daß „die Bestimmungen der §§ 377—380 sich auch auf das Gesuch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beziehen, soweit sie darauf anwendbar sind" — (diese handeln von der Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde ꝛc.), — § 428 a. E., muß als eine Vervollständigung gelten, welche zur Rechtfertigung des ganzen Titels geeignet ist.

Achtzehnter Titel.

Von der Wiederaufnahme der Untersuchung.

Einige theils allgemeine, theils besondere, die Bedingungen der Wiederaufnahme betreffende Bemerkungen zu dem entsprechenden Titel des Entwurfs v. J. 1851 darf ich umsomehr in Bezug nehmen, als dieser und bez. der Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtheil, nach der jetzigen Vorerinnerung, im Wesentlichen der Inhalt der §§ 151—155 der V. v. 3. Jan. 1849 zu Grunde gelegt ist.[95]).

Wie damals, so kann ich auch jetzt, ohnerachtet der im Ganzen auszusprechenden Beistimmung, nicht umhin, mich gegen die, wie ich glaube, zu große Beschränkung der Wiederaufnahme zu erklären. Will man — wie es einmal nicht zu vermeiden ist, — von dem Grundsatze über die Rechtskraft der Urtheile abgehen und die nur scheinbar und formell erledigte Sache von Neuem einem Verfahren unterwerfen, so wird man durch die Besorgniß eines möglichen Mißbrauchs sich nicht abhalten lassen dürfen, den Grund sol-

---

[95]) Meine Kritik, S. 214. Betrachtungen über die V. v. 3. Jan. 1849, S. 165 ff.

cher Abweichung in vollem Maße und mit allen seinen Consequenzen zur Geltung zu bringen. Dieser Grund aber ist die Gerechtigkeit und die jetzt erst sich darbietende Gelegenheit, an die Stelle eines Urtheils, welches nur scheinbar das Recht in dieser Sache zum Inhalt hatte, nunmehr, nach erkanntem Unrecht und der Möglichkeit, die Wahrheit zu ermitteln, dasjenige, was dieser und dem materiellen Recht entspricht, als Inhalt eines Erkenntnisses, in Folge der Wiederaufnahme der Untersuchung, zur Verwirklichung zu bringen, und, so viel als möglich, das Unrecht gut zu machen.

Die Gefahr, „daß in Folge der erleichterten Begründung der Restitution eine Menge erfolgloser Versuche, zu diesem Rechtsmittel zugelassen zu werden, hervorgerufen, dadurch aber die Gerichte mit einer unfruchtbaren Arbeit belastet und wichtigern Geschäften entzogen würden", stellt die „Vorbemerkung" selbst als eine untergeordnete Rücksicht gegenüber der andern auf, die allerdings beachtenswerth ist: nämlich der bei erneuertem Verfahren, nachdem dem Gesuche statt gegeben worden, sich erhebenden Besorgniß, „daß dadurch das materielle Recht, welches man mit jenem Systeme zur Geltung bringen will, in der That nicht gefördert, sondern vielmehr beeinträchtigt werde." Es ist dieses gut ausgeführt worden, und liegt, da die Beweismittel in späterer Zeit nothwendig nach Umfang, Art des Gebrauchs und der Wirkungen beschränkt sind, in der Natur der Sache. Allein eben darum darf man annehmen, theils, daß solche Gesuche überhaupt nur ausnahmsweise und nicht so zahlreich, wie dort behauptet wird, vorkommen werden, theils, daß, in Ermangelung genügender Begründung, sofort die Zurückweisung, ohne übermäßigen Aufwand von Zeit und Arbeitskräften, erfolgen könne. Läßt man sich die, durch die Forderung der Gerechtigkeit, mit der sich noch andere zu berücksichtigende Ansprüche an das Verfahren verbinden, gebotene Gründlichkeit der Voruntersuchung und des ganzen Verfahrens überhaupt angelegen sein, so wird zu Anträgen auf Wiederaufnahme selten Veranlassung eintreten. Um so unbedenklicher aber kann man alsdann, wenn dennoch solche, insbesondere wegen angeblich ungerechter Verurtheilung, gestellt werden, im Interesse der Gerechtigkeit von Beschränkungen absehen, welche diese zu gefährden vermöchten. Nicht blos gegen den Mißbrauch, sondern auch gegen die erwähnte andere und gegründetere Besorgniß wird dies Schutz gewähren. Und

wenn unleugbar hier einige Mißstände nicht zu vermeiden sind, ja möglicherweise das Ergebniß der neuen Untersuchung im besondern Falle so wenig sicher oder begründet ist, als das angefochtene, so müssen diese getragen, und es sollte nicht deshalb allein eine in solcher Allgemeinheit ausgesprochene Beschränkung des letzten dem — was ja doch vorkommen kann — unschuldig Verurtheilten zustehenden Mittels, Gerechtigkeit zu erlangen, aufgestellt werden.

Mit dem Vorbehalte, darauf zurückzukommen, bemerke ich zunächst mein Einverständniß mit dem, was § 429 von der Wiederaufnahme nach endgültig eingestellter Voruntersuchung verordnet wird. Schon der hier und in dem Folgenden in Bezug genommene § 4 sichert (so viel als möglich) gegen zu häufiges Eintreten eines solchen Bedürfnisses. Die Forderung, daß der einmal durch endgültigen Beschluß außer Verfolgung gesetzte Angeschuldigte (und ebenso der Freigesprochene, § 430) nicht der steten Besorgniß einer wider ihn zu erneuernden Untersuchung ausgesetzt werde, ist eine wohlberechtigte, und es können auch hier alle die Gründe geltend gemacht werden, welche gegen die frühere Entlassung von der Instanz vorgebracht worden sind. Aber sie findet ihre nothwendigen Schranken an der durch die gerechte Strafrechtspflege zu lösenden Aufgabe. Die Zufälligkeit, daß in der Voruntersuchung nicht genügende Beweise erlangt wurden, welche ein weiteres Verfahren zur Folge haben müßten, — vollends wenn man der oben gerügten falschen Auffassung über Zweck und Umfang der Voruntersuchung Raum gestattet, darf nicht zum Schutz des Verbrechers dienen. Es ist durchaus gerechtfertigt, wenn neue Thatsachen von Erheblichkeit oder neue Beweismittel eine Ausnahme von obiger Regel (wenn es wirklich eine solche ist) und hiernach ein neues Verfahren, nach dem Beschluß der Rathskammer, herbeiführen. Die Grenze ist hier der Ablauf der Verjährung des Verbrechens, von dem letzten gerichtlichen Act an gerechnet, was der § 429 nicht ausdrücklich, wohl aber § 433 bemerkt, und müßte schon nach allgemeinen, auch bei uns anerkannten Grundsätzen angenommen werden. Dabei versteht sich von selbst, daß, wenn die neuen Thatsachen und Beweise den Thatbestand eines schwerern Verbrechens ergeben, als man in der frühern (und eingestellten) Voruntersuchung geglaubt hatte annehmen zu sollen, und folglich für jenes eine längere Verjährungszeit bestimmt ist, nicht nach der ersten

Anschuldigung, sondern nach der jetzt maßgebenden, die Verjährung berechnet werden müsse[96]).

Aber auch die durch rechtskräftiges Urtheil beendete Untersuchung muß in ihren Ergebnissen festgehalten und darf in Betreff des nämlichen Beschuldigten in Ansehung der nämlichen That (§ 4) niemals wieder in Frage gestellt werden. Diesen jetzt allgemein anerkannten Grundsatz[97]) spricht § 430 aus, vorbehaltlich der durch „gesetzliche Bestimmungen, insbesondere die nachfolgenden, begründeten Ausnahmen". Ich habe mir nur, bei Wiedergebung des Inhalts, eine kleine Aenderung erlaubt, indem ich statt „gegen den nämlichen Beschuldigten" gesetzt habe: in Betreff des". Dies scheint nothwendig, da in dem Folgenden nicht nur von der Wiederaufnahme (oder dem wieder in Frage Stellen) gegen (zum Nachtheile), sondern auch, und recht eigentlich, für und zu Gunsten des Verurtheilten die Rede ist.

Von der Wiederaufnahme zu Gunsten des Verurtheilten auf seinen oder der Staatsanwaltschaft Antrag handelt § 431, wobei die nachher zu erwähnende Erweiterung gegen die zur Zeit geltenden Bestimmungen, welche die jetzige Nr. 1 durch § 435 und einen, mehreren andern Gesetzgebungen entlehnten Zusatz enthält, zu billigen ist. Dagegen erscheint die Beschränkung auf zwei Hauptfälle nicht gut zu heißen. Die eine unter Nr. 2 gesetzt: „Wenn zwei oder mehrere Personen wegen der nämlichen That durch zwei verschiedene Erkenntnisse verurtheilt worden sind, welche mit einander dergestalt unvereinbar sind, daß aus der Vergleichung derselben die Unschuld einer der verurtheilten Personen hervorgeht" gibt zu keiner Erinnerung Anlaß; sie ist, zum Theil kürzer und nicht minder deutlich gefaßt, in andern Gesetzgebungen aufgenommen[98]), und

---

96) Meine Note 94 angef. Schrift, S. 48. Vgl. auch meine Abhandlung „Beiträge zur Lehre — insbesondere der Verjährung mit Rücksicht auf neuere Gesetzgebungen" in v. Groß, „die Strafrechtspflege in Deutschland". Bd. III. (1860). S. 265, 274.

97) Meine Abh.: „Ueber die Unstatthaftigkeit der Verfolgung eines Freigesprochenen auf Grund einer andern sog. Qualification der That" im Gerichtssaal. 1857. II, 241.

98) Z. B. außer den in meiner kritischen Betrachtung angeführten: in Baden, § 401, Nr. 2; Hessen-Darmstadt, Art. 475, Nr. 3; Württemberg, Art. 456, Nr. 1; Oesterreich, § 373, Nr. 3. Es unterliegt keinem Zweifel und steht nicht mit den jetzigen Grundsätzen in Widerspruch, daß das Gericht, welches von einem solchen Fall, bez. hervorgetretenen Widerspruch der verschiedenen Er-

würde früher auch als sich von selbst verstehend betrachtet worden sein. Die andere (Nr. 1), „wenn zum Nachtheile des Verurtheilten ein unwahres eidliches Zeugniß abgelegt, eine falsche oder verfälschte Urkunde als Beweismittel vorgelegt, oder von dem Vertheidiger, einem Richter oder Geschworenen eine in den gemeinen Strafgesetzen vorgesehene Pflichtverletzung begangen worden ist" darf für das, worauf es hier ankommt, als erschöpfend angesehen werden. Denn wenngleich, neben dem Zeugniß, nicht, wie in andern Gesetzgebungen, ausdrücklich Sachverständige und deren Erklärungen genannt sind, so wird doch für die Anwendung kein Grund sein, solche auszuschließen; und der Schlußsatz (der da und dort einigermaßen abweichend denselben Gedanken ausdrückt), umfaßt jedenfalls auch die sonst wohl hervorgehobene „Bestechung". Ja es scheint mir die gewählte allgemeinere Fassung und Bezugnahme auf strafbare Pflichtverletzung vorzuziehen, da auch, außer der Bestechung und ohne eine solche, eine dem Angeklagten nachtheilige Pflichtverletzung in Beziehung auf das Urtheil und dessen Voraussetzungen stattfinden kann. Und die allerdings größere Schwierigkeit, dies auszumitteln und zu beweisen, würde allein nicht genügen, hier eine größere Beschränkung anzuordnen.

Wie schon bemerkt, enthält aber unser Entwurf gegen das jetzige Recht in § 435 einen Fortschritt, indem er die Restitution nicht mehr von den erschwerenden Bedingungen über die Herstellung auch des subjectiven Thatbestandes eines wissentlichen oder fahrlässigen Meineids abhängig macht. Den früheren Voraussetzungen konnte z. B. wenn der Zeuge verstorben, oder sonst nicht zu belangen war, gar nicht genügt werden. Damit ist eine von mir bei Gelegenheit einer wichtigen und mit Erfolg aufgenommenen Restitutionssache gemachte Erinnerung auf eine die Gerechtigkeit befriedigende Weise erledigt[99]).

Nun ist allerdings in den motivirenden Bemerkungen ausgeführt, weshalb man glaube auf diese beiden Hauptfälle sich beschränken, und nicht so weit gehen zu sollen, wie einige andere Ge-

kenntnisse, zuerst Nachricht zu ertheilen im Stande ist, auch verpflichtet sei, solche der Staatsanwaltschaft zu geben. Die Badische Str.-Pr.-O. bestimmt Art. 404: „Kommen Thatsachen oder Beweise der in § 401 gedachten Art aus Anlaß einer andern Untersuchung zur richterlichen Kenntniß, so wird dem Verurtheilten, wenn er noch lebt, davon Eröffnung gemacht".

[99]) Deutsche Gerichtszeitung 1864, Nr. 31 ff.

setzgebungen, welche noch einen dritten, ja vierten Fall hinzufügen. Man kann zugeben, daß, was hier erwähnt wird, meist auch den bei uns angenommenen Kategorien werde untergestellt werden können, z. B. Baden, § 401, Nr. 1, „wenn er durch neue Beweismittel glaubhaft machen kann, daß das Verbrechen, dessen er schuldig erklärt worden, gar nicht geschehen, oder daß es nicht von ihm verübt worden sei". Wenn hier dennoch eine Verurtheilung erfolgt war, so wird wohl, bei den Grundlagen, meistens Nr. 1 und zum Theil Nr. 2 Platz greifen. Dennoch ist dies nicht stets so, und es dürfte sich die Aufnahme einer solchen Bestimmung als nothwendig und unbedenklich empfehlen. Von dem möglichen Mißbrauche und den Mitteln, diesem zu begegnen, ist bereits die Rede gewesen. Dasselbe gilt von der Nr. 4 (Baden a. a. O.): „Wenn neue Beweismittel beigebracht werden, welche für sich allein, oder in Verbindung mit den frühern Beweisen, geeignet sind, die Freisprechung des Verurtheilten aus einem andern Grunde, als dem vorstehend bezeichneten, herbeizuführen".

Welchen Werth man auch auf die Rechtskraft legen möge, man wird sich doch der Forderung nicht entziehen können, wo immer möglich die Wahrheit an die Stelle des formellen Rechts zu setzen.

Und so dürfte auch, nicht blos wo es sich um Schuld oder Nichtschuld, sondern auch nur um geringere Schuld, und insoweit also doch um Nichtschuld handelt, die Aufnahme einer Bestimmung zu bevorworten sein, wie sie z. B. Baden § 402 enthält: „Der Verurtheilte kann die Wiederaufnahme des Verfahrens außer dem Falle des vorigen § auch dann verlangen, wenn er neue Beweismittel beibringt, oder neue Umstände vorträgt und glaubhaft macht, nach welchen seine That als ein Vergehen erscheint, welches mit einer geringern Strafart bedroht ist, als das im Urtheil bezeichnete[100])."

Da nach § 433 „das Gesuch um Wiederaufnahme der Untersuchung an keine Zeitfrist gebunden, und durch die erfolgte Vollstreckung der Strafe nicht ausgeschlossen wird" (wovon nur die Ausnahme stattfindet, daß nach Ablauf der Verjährung eine Wiederaufnahme zum Nachtheil eines Angeklagten unzulässig ist) —

---

[100]) Vgl. auch Hessen-Darmstadt, Art. 475, Nr. 2; Oesterreich (1864) § 373, Nr. 2.

so könnte man annehmen, es sei auch nach dem Tode des Verurtheilten dessen nächsten Angehörigen diese Befugniß unter den erwähnten Voraussetzungen eingeräumt, um dessen Andenken durch den Ausspruch der Unschuld zu retten und wiederherzustellen, auch etwaige Vermögensrechte geltend zu machen, wie dies einige Gesetzgebungen ausdrücklich erklären [101]). Allein, wenn schon diese Annahme in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung nicht unbedenklich ist, so dürfte ihr bestimmt § 431 wenigstens in der Beschränkung: „zu Gunsten des Verurtheilten findet auf seinen Antrag — die Wiederaufnahme statt" entgegenstehen, wenn man nicht in dem Satze: „oder auf den der Staatsanwaltschaft" eine derartige Befugniß finden will. Dem Einwande, daß nicht, wie in andern Gesetzen, die Ehefrau, nächste Verwandte ꝛc. genannt sind, könnte man dadurch begegnen, daß diese die Staatsanwaltschaft von den Voraussetzungen benachrichtigen, bei ihr den Antrag stellen und sie in Thätigkeit versetzen.

Das wäre immer noch weniger, da die Staatsanwaltschaft nicht genöthigt ist, einem Antrag, dem sie möglicherweise glaubt widersprechen zu sollen, Folge zu leisten. Und selbst so wage ich nicht zu behaupten, daß es der Sinn des § 431 sei. Umsomehr möchte ich die schon früher von mir bevorwortete und durch Anführung noch mehrerer Landesgesetzgebungen unterstützte Ausdehnung empfehlen [102]).

Wohl gerechtfertigt ist, daß „die Entscheidung über das Restitutionsgesuch und die erneuerte Verhandlung und Entscheidung der Hauptsache von einander getrennt werden".

Neunzehnter Titel.

Von der Strafvollstreckung.

Der Entwurf ist hier kürzer, als der frühere und die meisten neueren Strafprozeß-Ordnungen. Einige Erinnerungen, welche

[101]) Baden, Art. 403.

[102]) Meine angef. Kritik S. 222 und meine Betrachtungen über die V. v. 3. Jan. 1849 S. 168 mit meiner Abhandlung im Archiv des Crim.-R. 1844, S. 377, 461 ff.

ich dem erstern entgegengesetzt, würde ich auch jetzt Veranlassung haben zu wiederholen; es möge aber die Bezugnahme genügen[103]); andere finde ich theils erledigt, theils betreffen sie Fragen, die allerdings nach verschiedener Auffassung beantwortet werden können. Daß die Vollstreckung der Strafen — denn nur von diesen, nicht von freisprechenden Urtheilen ist in dem gegenwärtigen Titel die Rede[104]) — durch die Staatsanwaltschaft bewirkt wird (§ 441, Abs. 2) — was nur einige wenige Gesetzgebungen anordnen — mag in Folge der dieser angewiesenen Stellung gebilligt werden, da nun einmal die strafrechtliche Verfolgung nicht mehr von dem Strafgerichte ausgeht, da dessen Thätigkeit im besondern Falle mit der Verkündung des rechtlichen Erkenntnisses im Wesentlichen beendigt ist, vorbehaltlich der noch nachher erforderlichen, insbesondere der auf die Strafvollstreckung bezüglichen Entscheidungen, die nach § 441, Abs. 1 durch das Gericht, welches in erster Instanz erkannt hat, durch Beschlußfassung erfolgen — und so weit der alte sonst und nicht blos geschichtlich wohlbegründete Begriff der Obrigkeit und der dem Gerichte zustehenden Gewalt festgehalten ist, welcher jetzt mehr und mehr zurücktritt.

Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft sollte aber, wenn nicht an die Spitze, doch wenigstens in einem eignen § und nicht blos gelegentlich an zweiter Stelle, in einem auch andere Punkte behandelnden § ausgesprochen werden.

In § 439 wird als Regel aufgestellt, daß Gesuche um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder Wiederaufnahme der Untersuchung die Strafvollstreckung nicht hemmen. Das mag sich rechtfertigen, wo es sich um andere als Todesstrafe handelt, und da nachher bestimmt wird, daß das Gericht die Aussetzung oder Unterbrechung der Vollstreckung anordnen kann. Bei Freiheitsstrafen wird in Fällen, wo in Folge der Wiederaufnahme dennoch eine, aber herabgesetzte Strafe erkannt wird, die höchst beachtenswerthe Bestimmung des § 440, über Anrechnung der Untersuchungshaft, abhelfen. Sollte es sich aber um Vollziehung eines Todesurtheils handeln, so würde selbstverständlich, wo dem Gesuche statt

---

[103]) Meine kritische Betrachtung, S. 232.

[104]) Andere Gesetzgebungen sprechen allgemeiner von „Vollstreckung der Strafurtheile“. Meine angef. Kritik, S. 233, Not. 311—313. Daselbst weitere Nachweisungen und jetzt Oesterreich (1864), § 419 ff.

gegeben ist, jene ausgesetzt werden müssen. Sonach dürfte die facultative Fassung am Schluß des § 439 durch eine andere des Inhalts ersetzt werden, daß (im Falle einer Zulassung jenes Gesuchs) das Gericht das Erforderliche in Betreff der Aussetzung zu beschließen habe.

Ueber die § 441, Abs. 3 erwähnte Nothwendigkeit, „die Identität des Verurtheilten mit dem zur Strafverbüßung Herangezogenen" gehörig festzustellen, erlaube ich mir auf eine, mehrere praktische Fälle mit ihren Folgen behandelnde Erörterung zu verweisen[105].

Man hat nicht für nothwendig gehalten, eine Frist, innerhalb welcher nach rechtskräftig (bez. vollstreckbar) gewordenem Urtheile die Vollziehung erfolgen müsse, zu bestimmen. Andere Gesetzgebungen[106]) setzen hier ausdrücklich, insbesondere bei Freiheitsstrafen, auch der Todesstrafe, eine solche fest. Es wäre nicht blos, um ungerechtfertigte Verzögerungen (die auch für den Verurtheilten nicht stets eine Wohlthat und Gegenstand des Begehrens sind) zu vermeiden, eine gesetzliche Vorschrift zu empfehlen. Ohne Zweifel darf man annehmen, daß nach der § 442 angeordneten sofortigen Mittheilung über die Rechtskraft auch die Staatsanwaltschaft sofort das ihr Obliegende veranstalten, übrigens mit Rücksicht auf die Art der Strafe dasjenige beobachten werde, was sich als Gebrauch und billige Schonung, zugleich in Wahrnehmung sonstiger sittlicher und rechtlicher Forderungen, festgestellt hat und empfiehlt. Doch enthalten mehrere Gesetzgebungen[107]) hierüber ausdrückliche Vorschriften, deren Aufnahme zu bevorworten wäre[108]).

Der § 442, Abs. 2 enthält, gleich einigen andern Gesetzgebungen[109]), eine Vorschrift über das Verfahren, wenn ein Strafurtheil nebst dem Protocoll über dessen Verkündung verloren gegangen, und sich der Inhalt nicht anderweit (auf die hier näher

---

[105]) Gerichtssaal J. 1856, IV, 61, und J. 1861, S. 237, J. 1862, S. 69 und in Goltdammer's Archiv, Bd. X (1862), S. 649 ff.

[106]) Z. B. Baden, § 417, vgl. mit 418, 420, 421. — 24 Stunden, bez. drei Tage, § 422.

[107]) Baden, § 420—423; Hessen-Darmstadt, Art. 493, 494.

[108]) Meine kritische Betrachtung, S. 237.

[109]) Z. B. Hessen-Darmstadt, Art. 488, Abs. 4 im Anschluß an unsern frühern Entwurf § 510.

angegebene Weise) feststellen läßt. Die Mehrzahl der Gesetzgebungen gedenken dieses Falles nicht, der, wie selten es auch bei pflichtmäßiger Geschäftsführung geschehen wird, doch vorkommen kann, z. B. in Folge eines Brandes, Demolirung des Gebäudes. Hier ist, wie ich bereits früher zugestanden habe, der vorgeschlagene Ausweg der unvermeidliche, und dem Recht wie dem Organismus des Verfahrens entsprechende, wenngleich sich einige Bedenken nicht unterdrücken lassen[110]). In der Fassung ist jetzt eine Verbesserung zu erkennen. Die Sache könnte unter Anderm an Bedeutung gewinnen, aber dann auch ein erfolgreiches neues Verfahren noch besondern Schwierigkeiten unterliegen, wo ein Verurtheilter sich lange Zeit hindurch der Vollstreckung der Strafe entzogen, die nun an dem in die Gewalt des Gerichts Gelangten stattfinden soll. Wenngleich die Acten noch nicht cassirt werden, wo der Vollzug der Strafe nicht erfolgt ist, so ist doch hier leichter, als unmittelbar nach der Verurtheilung, der Verlust möglich. Unser Strafgesetzbuch kennt keine Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen[111]).

In § 443 über die Unstatthaftigkeit der Vollstreckung eines Todesurtheils, bevor „die Entschließung des Königs, von seinem Begnadigungsrechte keinen Gebrauch machen zu wollen, ergangen ist", finde ich, durch die gegen den frühern Entwurf § 514 verbesserte positive Fassung, die Erinnerungen berücksichtigt, welche vorzubringen ich für Pflicht gehalten hatte[112]).

Die § 445—447 getroffenen Bestimmungen über die Zusammenrechnung der in verschiedenen Urtheilen erkannten gleichartigen oder ungleichartigen Freiheits- und Geldstrafen, über Umwandlung der Strafen unter den näher angegebenen Voraussetzungen, sind in Uebereinstimmung mit den Grundsätzen des sog. materiellen Strafrechts. Eine kleine Erinnerung möchte ich zu § 446 machen. Nachdem in dem ersten Satze gesagt ist, daß in jeder Entscheidung, durch welche eine Geldstrafe festgesetzt ist, zugleich die, im Falle solche nicht beigetrieben werden könne, an die Stelle tretende Freiheitsstrafe (mit Bestimmung der Dauer,) ausgesprochen, und daß auch bei nachträglich sich herausstellendem Unvermögen die

---

110) Meine kritische Betrachtung, S. 234.

111) Meine angef. Monographie „Ueber die Verjährung rechtskräftig erkannter Strafen, S. 89". Straf-G.-B. § 49.

112) Kritische Betrachtung, S. 238.

Geldbuße, wo es nicht schon früher geschehen, in die entsprechende Freiheitsstrafe verwandelt werden soll", bestimmt der zweite Satz:

„Der Verurtheilte kann durch vollständige Bezahlung der Geldbuße sich jederzeit von der Verbüßung der Freiheitsstrafe befreien."

Dies ist richtig, da die letztere nur der Ersatz für die eigentliche — die Geldstrafe — sein soll. Nimmt man den Satz wörtlich, so ist das Ergebniß, daß, auch wenn der Verurtheilte bereits einen Theil der Freiheitsstrafe abgebüßt hat, nun aber (etwa durch Vermittlung anderer Personen) in die Lage versetzt wird, zu zahlen, er dennoch die vollständige Zahlung leisten müsse, um auch nur den (größern oder geringern) Rest der Freiheitsstrafe, die noch zu erstehen wäre, abzuwenden. Denn daß er, so lange die Freiheitsstrafe nicht angetreten ist, — wo ja nicht selten, aus verschiedenen Gründen, ein Aufschub gestattet wird — jederzeit durch Entrichtung der Geldbuße sich befreien könne, versteht sich, da ja diese die eigentliche ihm zuerkannte Strafe war. Allein so wörtlich genommen steht diese Bestimmung nicht in Einklang mit den Forderungen der Gerechtigkeit und mit den Vorschriften des Strafgesetzbuchs, § 17, wo das Verhältniß von Geld- und Freiheitsstrafe für die Berechnung in einer Weise angegeben ist, daß man nicht an eine Untheilbarkeit zu denken genöthigt ist. Vielmehr wird der Maßstab, nach welchem gleich anfangs der ganzen Strafe eine andere, möglichst im Betrage gleiche substituirt wird, auch in der Folge zu Grunde gelegt werden müssen, wenn es sich darum handelt, eine noch weiter zu erstehende (Surrogat-) Freiheitsstrafe in Geldstrafe zu verwandeln, bez. die ursprüngliche Strafe in gerechter Weise herzustellen. Läßt man die Untersuchungshaft, selbst auf Zuchthausstrafe, während der Verhandlung über ein Rechtsmittel anrechnen (wogegen die vorläufige Antretung der Freiheitsstrafe nicht stattfindet, § 440 und Motive) — warum sollte nicht hier ein gleicher Grundsatz oder Analogie desselben Platz greifen?

Ist meine Bemerkung gegründet, so bedarf der Satz einer entsprechenden Abänderung. Vielleicht hilft § 441 ab, welcher alle auf die Strafvollstreckung bezüglichen Entscheidungen dem in erster Instanz erkennenden Gerichte zuweist. Aber dieses könnte sich durch § 446 gebunden finden, oder es würden doch verschiedene Auslegungen möglich sein, denen zu begegnen wäre.

Zwanzigster Titel.

Von den Kosten des Untersuchungsverfahrens.

Es ist zu billigen, daß hierfür ein eigner Titel bestimmt ist. Der vorige Entwurf hatte keinen solchen und handelte von den Kosten in dem Titel von der Strafvollstreckung[113]). Nur wäre anzudeuten, daß jetzt auch von dieser letztern die Rede ist, die umsoweniger, schon nach dem Sprachgebrauch, unter den Gesichtspunkt des Untersuchungs-Verfahrens fällt, als die Vollstreckung nicht, wie dieses, von dem Gerichte, sondern der Staatsanwaltschaft geleitet wird. Vollends die Vollstreckung der Freiheitsstrafen und die dabei in Betracht kommenden Kosten gehören nach den besondern Instructionen der Strafanstalten nicht unter die Rubrik, wie sie oben aufgestellt ist. Obgleich übrigens die kleine Ungenauigkeit in der Ueberschrift ohne Einfluß auf den Inhalt ist, so möchte man doch auch jene entfernt wissen.

Der Entwurf ist zwar kürzer, als manche andere Straf-Pr.-Ordnungen; indessen wird nichts Wesentliches vermißt, und so kann man dies als einen Vorzug anerkennen. Die aufgestellten Bestimmungen, die zum Theil auch Folgerungen aus Grundsätzen des Privatrechts sind, entsprechen den Forderungen der Gerechtigkeit. Einiges muß aus allgemeinen Grundsätzen, Anderes aus den bisherigen, ihrem Inhalte nach nicht verlassenen Grundlagen des Verfahrens und dem Gerichtsgebrauche ergänzt, für Manches dürfte noch nähere Bestimmung beantragt werden. So namentlich in Betreff solcher Kosten, welche bei der Betheiligung Mehrerer an einem Verbrechen nothwendig nur dem Einen oder Andern zur Last gelegt werden dürfen. Der § 452, demzufolge: „Mitangeklagte, welche in Bezug auf die nämliche That zur Strafe verurtheilt werden, solidarisch für die Kosten des Verfahrens haften", macht hier selbst eine Ausnahme hinsichtlich der Kosten des von einem Mitangeklagten eingelegten Rechtsmittels. Der Grundsatz aber, von welchem diese Bestimmung eine richtige Folgerung ist, daß nämlich zunächst jeder für die durch seine Schuld veranlaßten allgemeinen und besondern Kosten in Anspruch zu nehmen sei, oder, wie es im obigen Falle negativ ausgedrückt ist, daß eine Verpflich-

---

[113]) Kritische Betrachtung, S. 240.

tung der Andern — eine solidarische Haftung — nicht für den Aufwand stattfinde, den eben nur Einer veranlaßt hat, ist ein allgemeiner, und läßt noch mehrere Anwendungen zu, ja, erfordert dieselben. Ich nehme an, daß auch unter der § 452, Abs. 2 angegebenen Voraussetzung nicht sofort die Gesammtverpflichtung aller Angeklagten ausgesprochen, sondern je nach ihrer, möglicherweise sehr verschiedenen Betheiligung, nach Art und Umfang, Qualität und Quantität, zunächst für Jeden der entsprechende Antheil und nur subsidiär die Haftung in solidum ausgesprochen werden soll. Und auch dann ist dies, wo nicht eine im Ganzen gleiche Betheiligung vorliegt, zu streng und nicht mit den Forderungen des Rechts zu vereinigen. Vollends da die Bestimmung ganz allgemein lautet und nicht, wie in andern Gesetzgebungen, auf dolose Verübungen, im Gegensatz der blos fahrlässigen, beschränkt ist[114], oder auf verabredete Verbindung zum Verbrechen, im Gegensatz zu der zufälligen. Da der § 252, Abs. 1 eine Theilung in Betreff mehrerer Anklagen wider dieselben Personen zuläßt, wo nur eine theilweise Verurtheilung, also auch theilweise Freisprechung erfolgt, so bietet diese wohl begründete Bestimmung auch für den andern Fall der Betheiligung Mehrerer einen Anhaltspunkt.

Der § 456 legt „in jedem Falle die Gebühren und Auslagen des Vertheidigers den Angeklagten zur Last, welchen der Vertheidiger zur Seite gestanden hat“.

Das mag nach strengem Recht so bestimmt werden. Die Grundsätze des Armenrechts im bürgerlichen Prozesse[115] auf Verbrecher (selbst nur Angeschuldigte) anzuwenden, ist nach mehr als einer Seite hin bedenklich. Praktisch kommt es jedoch, bei deren Unvermögen, auf dasselbe hinaus. Ob nicht wenigstens in dem Falle, wo die förmliche Vertheidigung nicht von dem Willen des Angeklagten abhängt, vielmehr nothwendig ist, und das Gericht von Amtswegen einen Vertheidiger beiordnet, die Gebühren zu ersetzen seien? Hier wäre eine Bestimmung, wie sie andere Gesetze[116] enthalten, wohl zu empfehlen.

---

[114]) Baden, Art. 428, der überhaupt als Muster zu empfehlen ist.

[115]) Vgl. jedoch Baden, § 434.

[116]) Baden, a. a. O., im Schlußsatze. Ueberhaupt die sehr humanen Bestimmungen im Württ. Entwurf, Art. 331 ff.

Einundzwanzigster Titel.

Von einigen besondern Arten des Verfahrens.

Der einleitende § 457 bemerkt, daß auf die in diesem Titel erwähnten Strafsachen die allgemeinen Vorschriften des Untersuchungsverfahrens zur Anwendung kommen. Dabei greifen jedoch die in den nachfolgenden Bestimmungen enthaltenen Ausnahmen und Abweichungen Platz.

Letzteres beruht auf denselben Gründen, welche überhaupt die exceptionelle Behandlung bedingen. Der Natur der Sache nach unter einander sehr verschieden, gestatten die hier behandelten Fälle strafrechtlicher Verfolgung nicht überall die Anwendung des sonst vorgeschriebenen Verfahrens. Nur in diesem negativen Ergebniß stimmen sie zusammen. Sonst aber findet sich, außer der in Bezug genommenen gemeinsamen Grundlage, nichts, was sie untereinander verbände, oder was berechtigte, irgendwelche, gleichsam eine Klasse sog. außerordentlicher Verfahrensarten, charakterisirende Merkmale aufzunehmen, die von der einen auf die andere übertragen werden könnten.

Die neueren Strafprozeß-Ordnungen weichen unter einander in der Auffassung und Behandlung mehrfach ab. So enthält — um nur einige der wichtigsten, die in meiner Betrachtung über den Entwurf v. J. 1851 noch nicht hatten genannt werden können, zu gedenken — der Oesterr. Entwurf v. J. 1864, außer dem Verfahren wider Unbekannte, Abwesende und Flüchtlinge, auch über das standrechtliche Verfahren, über Preßsachen ein eignes Hauptstück (XXIV, XXV und XXVII), die Badische Straf-Pr.-O. einen Titel über Anschließung des Beschädigten an das Strafverfahren (XXII), über das Verfahren bei Preßvergehen (XXIV), die Hessen-Darmstädtische, als zweiten Abschnitt in dem Titel XXIII „Von dem Verfahren bei den Landgerichten, besondere Vorschriften über das Verfahren in Polizei-, Feld-, Forst-, Jagd- und Fischerei-Strafsachen und wegen Uebertretung der die Abgaben an den Staat, an die Gemeinde &c. betreffenden Gesetze und Verordnungen", und unterstellt das Verfahren gegen abwesende oder flüchtige Angeklagte in dem zweiten Abschnitte dem Titel XXI „Von der Verhandlung vor dem Schwurgerichtshofe", wogegen der revidirte Württ. Entwurf v. J. 1863 außer der nachher zu erwäh-

nenden Auffassung des sog. Contumacialverfahrens besondere Prozeßarten nicht aufstellt. Außer den Privatklagen, welche jetzt die meisten, aber doch nicht alle Gesetzgebungen zulassen, enthielt unser früherer Entwurf einen (jetzt hinweggelassenen) Titel (XXIX) „Von dem Verfahren bei Verbrechen und Vergehen, welche Richtern oder Beamten der Staatsanwaltschaft zur Last gelegt werden [117]).

Es lassen sich verschiedene Gründe geltend machen, aus welchen entweder für solche Fälle, wie die genannten und noch andere, eigne Verfahrensarten in der Straf-Pr.-O. aufgestellt, oder dieselben unter einem andern Gesichtspunkt erwähnt werden, indem eine Sonderung nach den verschiedenen Arten der objectiven Zuständigkeit der Gerichte, jede mit eignen Vorschriften über das zu beobachtende Verfahren, angeordnet wird, oder endlich, indem noch außer der Straf-Pr.-O. in eignen, z. B. Preßgesetzen, zugleich das Verfahren bestimmt wird [118]), was in Preußen noch in mehreren andern Fällen stattfindet. Ein letztes Urtheil über die Vorzüge der einen oder andern Methode läßt sich nicht aussprechen. Die Hauptsache ist der Inhalt der Bestimmungen, von dem gefordert werden muß, daß die Berücksichtigung des Bedürfnisses, in irgend einer Weise durch eine besondere Verfahrensart zu genügen, nicht anders als in Uebereinstimmung mit den Forderungen des Rechts stattfinde. Auf die Stelle, welche das besondere Gesetz einnimmt, kommt es dann jedenfalls für die Anwendung weniger an. Im Allgemeinen wäre freilich der Wunsch auszusprechen, daß möglichst Alles, was unter den Gesichtspunkt strafrechtlichen Verfahrens fällt, in der Straf-Pr.-Ordn. seine Stelle finde.

Erster Abschnitt.

Von dem Verfahren gegen flüchtige Angeklagte.

Gleich über diesen Gegenstand treten uns sehr verschiedene Auffassungen entgegen. Ein sog. Ungehorsams-Verfahren ist überall und zu allen Zeiten für unentbehrlich gehalten worden,

---

[117]) Meine kritische Betrachtung, S. 211.

[118]) Meine Abh.: „Zur Lehre von dem strafrechtlichen Verfahren bei Preßvergehen" in v. Groß, Zeitschrift für Strafrechtspflege in Deutschland, II, 369.

wenngleich dasselbe in Strafsachen nicht in der Weise und in dem Umfange Platz greift, wie in dem bürgerlichen Prozeße. Aeltere Gesetzgebungen hatten es in größerer Ausdehnung zugelassen, die neuern nur unter mehr oder weniger Beschränkungen und dann mit verschiedenen praktischen Folgen. Auch unser Entwurf nimmt es nur in sehr engen Grenzen an und dies verdient Billigung. Noch weiter geht in dieser Hinsicht der Württ. Entwurf — auf welchen schon oben hingewiesen wurde —, indem er gar nicht ein Strafverfahren, sondern nur „Vorkehrungen gegen flüchtige Beschuldigte oder Verurtheilte" zuläßt, und auch schon durch diese Nebeneinanderstellung seine abweichende Auffassung bekundet.

Ich nehme aber nun unsern Entwurf, wie er vorliegt, und mache dessen Bestimmungen, so weit es nöthig scheint, zum Gegenstand der Besprechung. Dabei darf ich zum nähern Verständniß meiner Bemerkungen, wo sich der jetzige Entwurf dem frühern anschließt, dasjenige in Bezug nehmen, was ich zu jenem zustimmend oder abweichend vorzutragen mich veranlaßt gefunden hatte[119]).

In der motivirenden „Vorbemerkung" heißt es: „Der Entwurf hat sich bei Regelung des Verfahrens gegen flüchtige Angeklagte dem Gesetz v. 3. Mai 1852 (Art. 34—49) dahin angeschlossen, daß

1) In Schwurgerichtssachen das Princip der affirmativen Litiscontestation eintritt (wobei die einer verschiedenen Deutung fähige Ausdrucksweise des Art. 39, letzter Abs., a. a. O. in § 464 vermieden wird), das Verfahren jedoch erneuert werden muß, sobald der Verurtheilte sich gestellt,

2) vor der Strafkammer und dem Polizeirichter nach dem Princip der negativen Litiscontestation, jedoch mit definitiver Wirkung verhandelt und erkannt wird."

Es könnte, was hier unter Bezugnahme der Begründung in den Materialien zu jenem Gesetze, nicht weiter ausgeführt wird, Bedenken erregen, zwei entgegengesetzte Principien, wenn schon für verschiedene Kategorien der Straffälle, zu befolgen. Zwar in Be-

---

119) A. a. O., S. 197

treff des erstern ist die an sich schon sehr bedenkliche Annahme der affirmativen Streiteinlassung (und selbst schon diese Bezeichnung und Uebertragung aus dem bürgerlichen Prozesse) — also bestimmter des Zugeständnisses, nicht so gefährlich, als es scheinen könnte, weil das darauf gegründete Urtheil nicht in Rechtskraft tritt, vielmehr, gerade wo sich die thatsächliche Möglichkeit der Vollstreckung gegen den Verurtheilten ergibt, nämlich wo er der Gewalt des Gerichts unterworfen wird, von selbst außer Wirkung tritt, da das Verfahren erneuert werden muß. Dies ist jetzt und längst allgemein angenommen, und es bleibt nur übrig, die andere minder bedenkliche Bestimmung zu rechtfertigen, nicht nach der Seite der angenommenen negativen Litiscontestation, d. h. des Leugnens, Bestreitens, in Abrede Stellens, sondern der Folge definitiver Wirkung des Erkenntnisses. Dies ist hier ausführlicher geschehen und wir werden bei Betrachtung des Inhalts des vorliegenden Abschnittes darauf zurückkommen.

Nachdem § 438 angegeben ist, wer im Sinne des Gesetzes als flüchtig (bez. abwesend) zu betrachten sei, wird § 459 zuerst die Regel aufgestellt, „daß gegen flüchtige Angeklagte, wenn ihre Verhaftung nicht zulässig oder nicht ausführbar erscheint, mit dem Hauptverfahren inne gehalten werden solle". Die Worte: „der Regel nach" dürften wegfallen; sie könnten, wie bereits bei einer andern Gelegenheit bemerkt ist, zu Mißdeutung führen. Es genügt die einfache Aufstellung obigen Satzes. Sollten noch andere Ausnahmen gelten, als die sofort im zweiten Satz ausgesprochene, durch den Antrag der Staatsanwaltschaft begründete, sollte, was ohnehin mit dem Organismus des Verfahrens nicht wohl zu vereinigen ist, das Gericht auch für sich das weitere und Hauptverfahren anordnen können, dann würde dies nicht in jener Weise auszudrücken sein, sondern es müßte gesagt werden, daß nach Prüfung der nähern Umstände des Falles zu entscheiden wäre, in wie fern, ohnerachtet jener das Verfahren ausschließenden Thatsache, dennoch (und also ausnahmsweise) das Hauptverfahren zum Austrage gebracht werden solle. Das ist aber nicht die Meinung; vielmehr wird es lediglich der Staatsanwaltschaft anheimgegeben, aus besonderen von ihr zu würdigenden Gründen den Antrag auf Beendigung des Hauptverfahrens im Wege der öffentlichen Vorladung zu stellen, welchen das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht verfügen muß (a. a. O., Abs. 2), vorbehaltlich der

Befugniß der Strafkammer: „wenn die Sache ohne vorausgegangene Voruntersuchung bei ihr anhängig gemacht ist, zu beschließen, daß zunächst die Voruntersuchung mit ihren gesetzlichen Wirkungen einzutreten habe" (Abs. 3). Diese letztere nicht sowohl Bestimmung als Erklärung, — daß nämlich die gesetzlichen Wirkungen der Voruntersuchung sich an dieselbe knüpfen, könnte, als sich verstehend und überflüssig, ohne Nachtheil für den Sinn und die Sache wegbleiben. Keine Voruntersuchung kann anders stattfinden, als mit den gesetzlichen Wirkungen — die als solche nicht zusammenfallen mit den allerdings wichtigen Ergebnissen, deren möglichste Feststellung die Aufgabe, der Grund und Zweck jenes Beschlusses ist.

Der Inhalt dieser Bestimmungen und was sodann das Verfahren bei der öffentlichen Vorladung betrifft, § 460—465, mit Unterscheidung, ob der Angeklagte sich nicht gestellt oder ob er sein Ausbleiben entschuldigt, wo dann dort sofort, hier nach vergeblich gewährter nachträglicher Frist, zur Hauptverhandlung in der nächsten Sitzungsperiode des Schwurgerichtshofes geschritten wird, erscheint gerechtfertigt. Auch ist anzuerkennen, daß mit Strenge auf Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften des Verfahrens gehalten wird. Ist letzteres jenem „nicht entsprechend, so muß der Gerichtshof die Ergänzung oder nöthigenfalls die Wiederholung desselben verordnen" (§ 464, Abs. 2).

Gegen die Bestimmung: „Eine Mitwirkung von Geschworenen findet nicht statt", § 464, Abs. 1, welche ebenso in der V. v. 3. Jan. 1849, § 80 und in dem Entwurfe v. J. 1851, § 469 sich findet, hatte ich mich erklären zu sollen geglaubt. Wenn ich nun gleich, unter den damals aufgestellten Voraussetzungen, meiner darüber ausgesprochenen und durch Gründe unterstützten Ansicht treu bleibe, so kann ich doch jetzt ohne Widerspruch mein Einverständniß erklären. Ich hatte, unter Bezugnahme der Oesterreich. Straf-Pr.-O. v. J. 1850, welche den Wahrspruch der Geschworenen forderte, geltend gemacht, daß sonst bei uns nur im Falle eines Geständnisses der Ausspruch der Geschworenen für entbehrlich erachtet wird, und daß nicht nur ein fingirtes Geständniß überhaupt in Strafsachen nicht Platz greifen sollte, sondern auch, daß namentlich aus dem Zusammenhange aller Vorschriften des Entwurfs sich die Sache so gestalte, als behaupte der Ausgebliebene ein „Nichtschuldig". Wenn aber nunmehr der Grundsatz der

bejahenden Streiteinlassung, also ein Geständniß angenommen wird, so kann man zwar über die Zulässigkeit dieser Annahme ein Bedenken hegen, aber nicht darüber, daß an den einmal festgestellten Vordersätz der folgerichtige Schluß geknüpft wird. Allerdings wird man den wesentlichen Unterschied nicht verkennen, welcher zwischen einem wirklich abgelegten, nach allen Erfordernissen der Prüfung unterliegenden Bekenntnisse und dem nur fingirten obwaltet; wie ja darin, daß in jenem Falle das Urtheil ohne Zuziehung der Geschworenen gesprochen wird, unsere Gesetzgebung nur wenig andere auf ihrer Seite, die meisten gegen sich hat. Aber es wäre, wenn man einmal ein Geständniß annimmt, nicht nur ein Widerspruch gegen die sonstige Behandlung des Geständnisses, hier dennoch ein Verdict der Geschworenen zuzulassen, sondern auch eine mit dem ganzen Ungehorsams-Verfahren nicht wohl zu vereinigende Begünstigung des Ausbleibenden. Man darf sich dabei beruhigen, daß die Gründe, welche nach der Verhandlung gewissenhafte Geschworene zu einer Nichtschuldig-Erklärung bestimmen könnten, auch von den rechtsverständigen Richtern sorgfältig erwogen worden. So setzt auch § 467 die Möglichkeit rechtskräftiger Freisprechung des Angeklagten. Und vor Allem sichert die Erneuerung des Verfahrens gegen den der Gewalt des Gerichts später Unterworfenen, es möge nun ein Urtheil gegen ihn noch nicht ergangen (§ 464, 465, 467), oder ein Strafurtheil gefällt sein (§ 468). Denn die § 466, 468 angeordnete Vollstreckung des rechtskräftigen Contumacial-Urtheils, wider welches dem Angeklagten kein Rechtsmittel zusteht, erscheint gefährlicher, als sie in der That ist. Die meisten Strafen bestehen doch in einer unmittelbaren Einwirkung auf die Person, in einer Beschränkung der Freiheit, sodaß einerseits hier die Voraussetzung des Vollzugs fehlt, andererseits, wo dieselbe nachher eintritt, ein neues Verfahren stattfinden muß (§ 467, 468). Es bleiben also nur die in wenig Fällen auszusprechenden andern Strafen, an Geld, Verlust der bürgerlichen Ehre (Straf-Ges.-B. § 11, 12) übrig, deren Vollstreckung theils möglich ist, theils sich von selbst macht, — aber auch hier nothwendig ist — wo der Ungehorsame sich der rechtlichen Verantwortung entzieht. Auch ist § 468, wenn ein neues Urtheil gefällt wird, dafür gesorgt, den Rechtsforderungen möglichst zu entsprechen. Wird jetzt auf Strafe erkannt, so ist auf diese die etwa bereits vollstreckte Strafe in Anrechnung zu bringen. Erfolgt Frei-

sprechung, oder die Verurtheilung zu einer andern Strafart, so muß die bereits ausgeführte Vollstreckung der vorher erkannten Strafe, so weit es möglich ist, rückgängig gemacht werden. Dagegen und daß unter allen Umständen, also auch einer Freisprechung, auf Grund der neuen Verhandlung dem Angeklagten die Kosten des Contumacial-Verfahrens zur Last fallen, ist nichts zu erinnern.

Das nicht Unbedenkliche der entgegengesetzten Behandlung der vor die Strafkammer oder den Polizeirichter gehörigen Sachen bei dem Edictal-Verfahren ist allerdings nicht unerwogen geblieben. In diesen Fällen soll das Contumacial-Verfahren mit definitiver Wirkung, d. h. so, wie sonst das regelmäßige, eintreten, nur natürlich in den Beschränkungen, welche die Abwesenheit des Angeklagten herbeiführt. War diese schon bei der Voruntersuchung ein Hinderniß der erforderlichen Erörterung, so kann die Raths- bez. Anklage-Kammer verordnen, daß die Sache einstweilen ruhen bleibe (§ 92). Und insbesondere findet auch hier § 459 Anwendung. Desgleichen, sofern der Aufenthalt des Flüchtigen bei Erlassung der öffentlichen Vorladung gerichtskundig ist, der § 460. Sodann, während der § 225 die Zulassung eines Vertheidigers für einen nicht selbst anwesenden Angeklagten in der ersten Instanz nur dann gestattet, wenn es sich um eine bloße Uebertretung, oder um ein nur mit Geldbuße bedachtes Vergehen handelt, — soll hier jederzeit die Vertretung durch einen Vertheidiger, in allen Fällen, für den Flüchtigen zulässig sein (§ 472). Die Gründe dieser Ausnahme (welche nicht Platz greift, wo der Ausbleibende in dem Bereiche der richterlichen Gewalt sich befindet, und hier auch nicht Bedürfniß ist) sind anzuerkennen. Umsomehr, als es sich hier — wo der indirecte Zwang zur Gestellung durch Versagung der Vertretung kaum von Erfolg sein würde, der directe Zwang aber unanwendbar ist —, nicht lediglich darum handelt, dem Angeklagten, welcher ausbleibt, eine Begünstigung zu gewähren — (deren Manche der unter dem Worte „Flüchtigen" Bezeichneten doch auch nicht unwürdig sind) —, sondern vornehmlich darum: „dem Richter wenigstens diejenige, wenn auch unvollkommene und einseitige Kenntnißquelle nicht zu verschließen, welche in der Anhörung eines Vertreters des Angeklagten besteht". Es kommt hinzu, daß die in Schwurgerichtsfällen stattfindende Annahme des Zugeständnisses (§ 461) hier nicht (§ 470), sondern, wie die Motive es ausdrücken, das Princip der negativen

Litiscontestation gelten soll. So darf man zugestehen, „daß die in dem Entwurfe getroffenen Vorkehrungen alle mit der Natur des Edictal-Verfahrens verträglichen Schutzmittel gegen eine ungerechte Verurtheilung erschöpfen". Weiter kann man nicht wohl gehen, wenn nicht jenes Verfahren, wo es überhaupt für nothwendig gehalten wird (was in Fällen dieser Kategorie selten vorkommt), durch Gestattung einer Anfechtung ganz wirkungslos sein soll. Dies rechtfertigt auch die Bestimmung des § 473, wonach die Anfechtung wegen Hindernissen, die den flüchtigen Angeklagten vom Erscheinen abgehalten, nur unter der Bedingung der gleichzeitigen persönlichen Gestellung noch vor Ablauf der Rechtfertigungsfrist zugelassen wird. Folgerichtig aber werden die gewöhnlichen Rechtsmittel gegen das Urtheil gestattet. Bei der eigentlichen Flucht und Fernhaltung wird freilich selten davon Gebrauch gemacht werden, und noch weniger für den Vertheidiger, etwa von einer Nichtigkeit abgesehen, ein Stoff vorliegen, dessen Benutzung ein günstigeres Ergebniß erwarten ließe.

Die unter der Rubrik „Allgemeine Bestimmungen" (es sind vielmehr: Gemeinschaftliche —) stehenden §§ 474, 475 könnten an die „einleitenden Vorschriften", § 458—460, angeschlossen werden. Die „weiteren Zustellungen" betreffen zwar nicht ausschließend, aber doch überwiegend das Verfahren vor der Verhandlung und dem Urtheil, und selbst wo sie nach ergriffenem Rechtsmittel (§ 473) vorkommen, ist es nicht Bedürfniß, die hierauf sich beziehenden Vorschriften von jenen andern zu trennen.

Der § 475 lautet: „Gegen anwesende Mitangeklagte findet in allen Fällen das gewöhnliche Verfahren statt". Hierin liegt eine Ungenauigkeit des Ausdrucks, die jedoch durch den gleich folgenden Satz gut gemacht wird. Daß nämlich gegen Anwesende nicht ein Contumacial- oder Edictal-Verfahren stattfinden kann, sondern nur das regelmäßige (gewöhnliche), versteht sich. Der Nachdruck liegt auf dem „findet — statt" in dem Sinne, daß die Flucht (Abwesenheit) des einen oder mehrerer Mitangeklagter der Zeit nach kein Hinderniß sein soll, sofort gegen die Anwesenden zu verfahren [120]). Dafür wird aber der zweite Satz: „Das

---

[120]) Der frühere Entwurf hatte die Fassung der Oesterr. Straf-Pr.-Ord. angenommen, wo es hieß, daß das Verfahren gegen die Anwesenden durch das Nichterscheinen des Ungehorsamen nicht verzögert werden dürfe. Meine

Gericht ist jedoch befugt, dasselbe aus besondern Gründen so lange (bis dahin) auszusetzen, bis (daß) zugleich gegen den Flüchtigen verhandelt werden kann", einer deutlichern Fassung bedürfen. Denn das „gegen den Flüchtigen" kann zweierlei bedeuten. Einmal, daß in Ansehung des Flüchtigen die Sache soweit vorbereitet sei, um mit der Hauptverhandlung gegen die Anwesenden das diesen betreffende Contumacial-Verfahren zu verbinden. Sodann, daß das Hinderniß beseitigt und der Flüchtige gestellt ist, — ein Fall, der an sich überhaupt möglich, nach der weitern Bedeutung, in welcher der Ausdruck „flüchtig" der Kürze halber (S. 228, Anmerk.) gebraucht wird, gar wohl denkbar ist. Die Voraussetzung würde die dem Gericht bekannte Thatsache sein, daß der Flüchtige gestellt werden könne [121]).

Die Unmöglichkeit, oder doch das jetzt obwaltende nicht zu beseitigende Hinderniß, den Abwesenden der Gewalt des Gerichts zu unterwerfen, berechtigt nicht, das Verfahren gegen die Anwesenden ganz einzustellen, aber eben so wenig, diese eine lange Zeit der Ungewißheit ihres Schicksals zu überlassen. Vielmehr wird, wie es § 475 anordnet — von jener Ausnahme, die das Gericht beschließen kann, abgesehen — das Verfahren in Betreff der Mitangeklagten in der Regel sofort stattfinden. So dürfen wir sagen und so sagt mit Recht der Entwurf nicht. In dieser Bestimmung begegnen sich alle Gesetzgebungen [122]). Alle mit dem auch hier gemachten Vorbehalte der Aussetzung „aus besondern Gründen". Diese können unter andern darin liegen, daß eine vollständig gerechte Untersuchung, ohne die Anwesenheit sämmtlicher Theilnehmer, oft nicht möglich ist, daß theils die Vertheidigung der Anwesenden, während die Andern fehlen, erschwert werden, theils aber auch von jenen die Schuld vornehmlich oder völlig den Abwesenden zugeschrieben werden kann. Dennoch ist hier selbst für die Ausnahme — die Aussetzung des Verfahrens — eine Grenze nöthig, wie ja auch sonst factische Unmöglichkeit der Verfolgung eines Mitschul-

---

kritische Betrachtung, S. 206. Vgl. Württ. Entwurf, Art. 479, wo freilich, nach Art. 478, „Ein Strafverfahren gegen abwesende Beschuldigte (Art. 474) unterbleibt".

121) Hessen-Darmstadt, Art. 408.

122) Meine angef. Kritische Betrachtung, a. a. O. die daselbst angef. Gesetze. Von neuesten: Hessen-Darmstadt, Art. 408; Baden, § 361, Absatz 1; Oesterreich, § 457.

digen dem Verfahren gegen die andern nicht im Wege stehen darf. Hier muß, wie mit Recht geschehen, der Erwägung des Gerichts die gebührende Freiheit gestattet werden. Wenn durch jene Umstände die Ergebnisse nicht so vollständig, als es außerdem der Fall sein würde, sollten hergestellt werden können, so wird, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, jeder Mangel an dem vollen Schuldbeweise den (anwesenden) Angeklagten zu Statten kommen müssen. Hierauf habe ich bereits hingewiesen [123].

Zweiter Abschnitt.

Von dem Verfahren gegen ausgetretene Militairpflichtige und Landwehrmänner, welche ohne Erlaubniß auswandern.

Der frühere Entwurf enthält hierüber nichts. Eben so wenig finden sich entsprechende Bestimmungen in andern Strafprozeß-Ordnungen, obschon die Landesgesetzgebungen die widerrechtliche Entziehung von der Militairpflicht gleichfalls rügen und die Eigenthümlichkeiten der Preußischen Militair-Einrichtungen, insbesondere des Landwehr-Instituts, nicht der einzige Grund sind, der es wenigstens empfehlen, wennschon nicht überall gebieten könnte, von dem Verfahren über das dadurch bedingte Vergehen in einem eignen Abschnitte zu handeln. Die Vorbereitungen fallen in den Bereich der landespolizeilichen Thätigkeit, insbesondere der mit der Controle der Militairpflichtigen beauftragten Verwaltungsbehörden, § 476, 477, nach deren Anzeige die Staatsanwaltschaft das Verfahren und die Beschlagnahme des Vermögens in Gemäßheit des § 110 des Straf-Ges.-B. zu beantragen hat. Jene werden wohl überall, im Ganzen in gleicher Weise vorkommen. Das Verfahren wird sich selbst als ein Ungehorsamsverfahren darstellen, wobei nur der Unterschied obwaltet, daß in andern Fällen einer Strafverfolgung gegen einen Abwesenden oder Flüchtigen der Gegenstand ein eignes Verbrechen, hier aber die Abwesenheit oder widerrechtliche Entfernung das Verbrechen selbst ist. Dadurch werden gewisse Maßregeln der Verfolgung ausgeschlossen, andere modificirt.

Im Uebrigen finden in Betreff der ausgetretenen Militair-

---

[123]) A. a. O., S. 207.

pflichtigen die §§ 460, 470 und 475 des vorhergehenden Abschnittes, und der beurlaubten, ohne Erlaubniß ausgewanderten Landwehrmänner die §§ 478—480, 482 des gegenwärtigen Anwendung, welche zu Erinnerungen keinen Anlaß geben.

Dritter Abschnitt.

Von dem Verfahren hinsichtlich der Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle.

Das administrative Strafverfahren bei den in der Ueberschrift im Allgemeinen bezeichneten Uebertretungen, so weit es nach den bestehenden Gesetzen zulässig ist, wird beibehalten. Doch kann der Angeschuldigte, wenn ein Vorbescheid gegen ihn erlassen ist, in allen Fällen bei der betreffenden Behörde oder bei deren zuständigen Gerichte auf rechtliches Gehör antragen. Die zehntägige Frist wird von der Bekanntmachung des in erster Verwaltungsinstanz ergangenen Strafbescheides an berechnet, § 486.

Die bisher in Geltung gewesenen Bestimmungen v. Art. 136 des Gesetzes v. 3. Mai 1852 haben einige „redactionelle" Verbesserungen erhalten. Ferner ist hervorzuheben, daß durch Gestattung der Provocation auch bei dem zuständigen Gerichte nun auch „die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 426) auf die Provocationsfrist anwendbar wird". In Folge eines solchen Antrags auf rechtliches Gehör (den der Angeklagte, indem er sich bei dem ergangenen Strafbescheide beruhigt, bis zum Beginn der Hauptverhandlung zurücknehmen, aber auch schon, bevor der Strafbescheid ergangen ist, in der Untersuchung vor der Verwaltungsbehörde stellen kann) — und ebenso, wenn diese Behörde (wozu sie in allen Fällen, selbst wenn es nur auf eine Ordnungsstrafe ankommt, befugt ist) sich von Amtswegen der Entscheidung enthält, tritt dann die Hauptverhandlung ein, ohne daß dort es der Einreichung einer Anklageschrift bedarf, und ohne daß über die Eröffnung des Hauptverfahrens von dem Gerichte Beschluß gefaßt wird; bezüglich, indem (durch die Verwaltungsbehörde) wegen Einleitung des gerichtlichen Strafverfahrens das Erforderliche zu veranstalten ist, § 487, 488.

Gegen diese Bestimmungen, die sich in der Erfahrung bewährt haben, ist nichts zu erinnern.

Auch § 489 entspricht den angenommenen Rechtsgrundsätzen, und könnte insofern entbehrlich erscheinen. Indessen, wie es auch in Art. 137 des angef. Gesetzes geschehen, empfiehlt sich die besondere Bestimmung: „Wenn es auf die Umwandlung einer im Verwaltungswege festgesetzten Geldbuße ankommt, so ist dieselbe durch das zuständige Gericht zu bewirken, wo dasselbe die Entscheidung der Verwaltungsbehörde seiner Beurtheilung nicht zu unterziehen hat. Auf das Verfahren kommt der § 448 zur Anwendung".

Einige Eigenthümlichkeiten, welche die Befugnisse der Verwaltungsbehörde in Bezug auf das gerichtliche Verfahren betreffen, werden § 490 und 495 behandelt.

Wenn nämlich „eine Festsetzung der Strafe im Verwaltungswege nicht stattgefunden hat, und die Staatsanwaltschaft ihr Einschreiten ablehnt", so ist die betr. Verwaltungsbehörde befugt, das gerichtliche Hauptverfahren durch Erhebung der Anklage selbstständig anhängig zu machen, § 490. Doch bedarf es hier stets „über die von der Behörde eingereichte Anklageschrift nach Vernehmung (?) des schriftlichen Antrags der Staatsanwaltschaft" eines gerichtlichen Beschlusses, § 491, Abs. 1.

Die Behörde wird, wenn die Eröffnung des Hauptverfahrens stattfindet, durch einen ihrer Beamten oder einem Rechtsanwalt vertreten, welcher in der Hauptverhandlung die Anklage vorträgt, auch „Fragen, welche derselbe zur Aufklärung der Sache für angemessen erachtet, unmittelbar an die Betheiligten richten darf". Betheiligte? Wohl überhaupt, auch an die zuvor genannten Zeugen und Sachverständigen, also recht eigentlich „Unbetheiligten", a. a. O., Abs. 2.

Eigenthümlich ist wohl auch, daß in einer Sache, wo die Staatsanwaltschaft ihr Einschreiten ablehnt, das Ausbleiben des Vertreters der Anklage nicht als die Zurücknahme angesehen, sondern, „falls nicht eine Vertagung erfolgt, die Anklageschrift durch den Gerichtsschreiber verlesen und mit der Beweisaufnahme und Entscheidung in der gewöhnlichen Weise (wohl nicht blos „Form") verfahren wird"; a. a. O., Abs. 3, vgl. mit Art. 138—140, die, gleichen Inhalts, einige Verbesserungen in der Fassung erhalten haben. In Betreff der Rechtsmittel hat die Behörde alle Zuständigkeiten der Staatsanwaltschaft, § 492.

Gleichwie die Staatsanwaltschaft in jeder Lage der Sache bis zu deren rechtskräftiger Entscheidung die Verfolgung übernehmen

kann, wo, wenn nicht die Behörde widerspricht, wie im Fall einer Anschließung verfahren wird, kann auch ebenso die Behörde sich der von der Staatsanwaltschaft betriebenen Verfolgung anschließen, mit denselben Befugnissen, als wäre die Anklage von ihr selbst erhoben worden, § 493, 494. Doch fallen die durch die Vertretung der Behörde entstandenen Kosten dem Angeklagten niemals zur Last.

Hiegegen und gegen die allgemeinen Bestimmungen § 496—500 ist nichts Erhebliches einzuwenden.

Vierter Abschnitt.

Von dem Verfahren auf erhobene Privatklage.

Die Privatklage wird, wenn man von den Principien des Strafverfahrens ausgeht, wie man doch muß, stets nur als Ausnahme zugelassen werden dürfen, sowohl nach der Rücksicht auf das Verfahren und dessen Bestimmung, als nach dem Gegenstand, welcher als solcher der individuellen Willkür entzogen ist, wie nach dem Zwecke der Herbeiführung einer Strafe des Anzuklagenden, welche unter den Gesichtspunkt des öffentlichen Rechts fällt [124]). Dennoch wird man nicht umhin können, jener Ausnahme und dem vielfach ausgesprochenen Verlangen, so weit es unbeschadet der Grundsätze des Strafrechts geschehen kann, nachzugeben. Auch sprechen dafür nicht nur die allgemeinen Gründe, aus denen die Mehrzahl der neuern Gesetzgebungen jene mehr oder minder beschränkt gestatten, sondern theils, so weit er hier in Betracht kommen darf, der geschichtliche Standpunkt, theils selbst der praktische. Wenn auch, was jenen betrifft, die römischen Delictsklagen und alle die Fälle, wo im Gegensatz der öffentlichen Anklage (accusatio) oder eines Verfahrens extra ordinem, welches durch einen Antrag oder eine Klage veranlaßt, aber auch in späterer Zeit von Amtswegen eingeleitet werden konnte, eine Privatklage stattfand, für unsere Zeit längst nicht mehr in ihrer ursprünglichen Gestalt Anwendung finden, so hat sich doch das Wesentliche insofern erhalten, als die Form des bürgerlichen Prozesses nach angestellter Klage in Fällen, wie der einfachen Beleidigung, vorgeschrie-

---

[124]) Meine Kritische Betrachtung, S. 208.

ben war und ist, obgleich es sich in der That um ein Delict, um ein in unsern Strafgesetzen verpöntes Vergehen handelt. Und selbst das Römische Recht stellt in seiner letzten Redaction hier die Klage im Wege des bürgerlichen Verfahrens und die Veranlassung eines strafrechtlichen Verfahrens als gleich zulässig, ja letztere als überwiegend auf[125]).

Vom praktischen Gesichtspunkte aus läßt sich bemerken, daß, wie insbesondere bei Ehrenkränkungen, auch wohl leichten Körperverletzungen und Mißhandlungen, ohne eine durch den Verletzten gegebene Veranlassung und weitere Mitwirkung ein strafrechtliches Einschreiten kaum möglich ist, und daß, wennschon hier auch von anderer Seite die amtliche Thätigkeit des Gerichts, bez. der Staatsanwaltschaft, herbeigeführt werden könnte, doch der Auffassung des Verletzten oder sonst unmittelbar oder mittelbar Betheiligten, der auch verzeihen kann, eine nothwendige Berücksichtigung gebühre. Zwar kann man nicht eigentlich von einem Privatrechte des Klägers sprechen (Motive S. 239) — wie denn auch diese Auffassung gegenüber dem Verklagten ausdrücklich in Abrede gestellt wird; allein man wird in solchen Fällen, wo das öffentliche Interesse eine strafrechtliche Verfolgung nicht nothwendig fordert, und in Anerkennung, daß sich nicht Alles in der Vielgestaltigkeit der Verhältnisse des Lebens in der bürgerlichen Gesellschaft lediglich abstract juristischen Kategorien unterstellen läßt, selbst gewisse Abweichungen als berechtigt gelten lassen. So wird auch die Consequenz der gestatteten oder zur Veranlassung des Verfahrens allein zulässigen Klage, auf die Befugniß zur Zurücknahme derselben und eine Verzichtleistung auf die in der Bestrafung liegende Genugthuung, — alles dies innerhalb gewisser Grenzen, — ausgedehnt.

Um gleich dieses zu § 501 über die „Fälle, wo die Privatklage zulässig ist", zu bemerken, scheint der Versuch „den Injurienprozeß auf der Basis des Strafverfahrens zu construiren", so wie „die hiedurch gewonnenen Formen der Privat-Strafklage auf einige andere Vergehen auszudehnen, welche mit den Ehreverletzungen das gemein haben, daß bei ihnen eine Bestrafung nur auf den Antrag des Verletzten eintritt" — Billigung zu verdienen.

Allerdings darf man nicht diese Klage überhaupt auf die Fälle übertragen, wo es eines Antrags bedarf; und auch hier hält der

---

[125]) L. ult. D. de furtis. L. ult. D. de injuriis.

Entwurf das richtige Maß. Die Gemeinsamkeit des Erfordernisses des Antrags, der sonst auch wohl da gestattet ist, wo sich der Verletzte der Privatklage bedienen darf (bei uns freilich nicht, da nur diese Platz greift), ist an sich ohne Einfluß auf das Verfahren. In einer Reihe von Fällen wird nach unserm Straf-Ges.-B., wie nach älterm und gemeinen Recht und allen Landesgesetzgebungen aus Gründen, deren Anführung hier nicht erforderlich ist, zwar ohne einen Antrag nicht eingeschritten, aber wenn ein solcher erfolgt, dann findet das gewöhnliche Strafverfahren statt. Der Entwurf, welcher § 501 unter Nr. 1 und 2 die leichten Körperverletzungen und Mißhandlungen (§ 187 des Straf-Ges.-B.) und die Ehrenkränkungen (§ 102, 103, 152—156, 343 a. a. O.), sodann Nr. 3 als Fälle, wo eine Privatklage auf Untersuchung und Bestrafung stattfindet, „alle andern Vergehen" bezeichnet, „deren Bestrafung in den Gesetzen von dem Antrag des Verletzten abhängig gemacht ist", beschränkt diesen in solcher Ausdehnung sonst mißzuverstehenden und durchaus nicht zu billigenden Satz sofort durch das Folgende: „Ausgenommen von der Privatklage sind jedoch diejenigen Vergehen, welche mit Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte bedroht sind".

Ohne Zweifel wird diese Bestimmung ausreichen. Indessen scheint weder die Fassung dieses letzten Satzes genügend und correct, noch empfiehlt es sich, das, worauf es ankommt, nochmals oder erst als Ausnahme (von einer Ausnahme) aufzustellen. Es dürfte für Nr. 3 eine positive, den Nachsatz entbehrlich machende Bestimmung vorzuziehen sein, welche ohne Schwierigkeit und ohne zu große Weitläufigkeit gegeben werden kann, und auch für die Nichtjuristen verständlicher wäre.

Ueberhaupt sind die Fragen, welche hier in Betracht kommen, vor Allem vom Standpunkte des materiellen Rechts, danach erst von dem des Prozesses zu beantworten. Strafsachen sind allerdings als solche, auch wo es sich um sog. Privatverbrechen im Gegensatz der öffentlichen handelt, niemals bloße Privatsachen im Sinne derjenigen, welche jetzt Gegenstand des bürgerlichen Rechtsverfahrens sind. Indessen haben sie doch — noch von dem Entschädigungsanspruche abgesehen, wo die strafbare Gesetzesübertretung in den Privatrechtskreis einer Person eingreift — auch eine das Interesse des Einzelnen bald mehr bald weniger unmittelbar berührende Seite. Diese aber geht in der öffentlich rechtlichen nicht

völlig auf, wie sehr auch letztere überwiegen möge. So wird also einerseits die Frage entstehen, deren Erörterung hier nicht mehr die Aufgabe ist, inwiefern überhaupt der Anschluß des Verletzten an das Strafverfahren, Adhäsion im Privat- oder Vermögens-Interesse gestattet, oder lediglich der Weg des Civilprozesses eröffnet werden solle. Andererseits, inwiefern eine Privatstrafklage selbstständig, oder auch im Anschluß an die amtliche Strafverfolgung des Staatsanwalts zulässig sein soll — wobei dann, wie eine Vergleichung der verschiedenen Gesetzgebungen zeigt, mehrfache Modificationen eintreten können.

Das Ergebniß wird nun, wenn man von jener Grundlage ausgeht, dieses sein, daß die Privatklage nur in großer Beschränkung hinsichtlich der Fälle ihrer Anwendbarkeit zulässig, aber, schon aus den vorher geltend gemachten Gründen, nicht ganz auszuschließen sei. Ferner aber daß, selbst bei den sog. Antrags-Verbrechen, wo das überwiegende öffentliche Interesse es gebietet, nur die Staatsanwaltschaft zur Verfolgung berufen sei, der auch hier nach § 502 in den Fällen von § 501, Nr. 1 und 2 das selbstständige Auftreten zusteht; so daß nur bei der einfachen Beleidigung die Privatklage der einzige Weg der Verfolgung ist, während nach § 503 in den Fällen des § 501, Nr. 3 nur dann die Privatklage zulässig sein soll, wenn der Staatsanwalt es abgelehnt hat, seinerseits die Verfolgung zu betreiben. Die hier und da, aber doch nur sehr vereinzelt sich erhebenden Stimmen für eine Erweiterung der Privatklage, ja für deren regelmäßige Einführung haben mit Recht nirgends Gehör gefunden. Es bedarf nicht der Ausführung der Gründe, welche gegen einen solchen, dem Wesen der Strafgerechtigkeit und den Principien des Strafrechts und Verfahrens durchaus widersprechenden Vorschlag geltend gemacht werden müssen, welcher, auf einer Verkennung jener Principien, auf einem Mißverständniß des Anklagegrundsatzes insbesondere beruhend, einen Rückschritt zu dem längst verlassenen privatrechtlichen Standpunkte bekunden, an sich eben so unhaltbar und verwerflich, als, wollte man die Ausführung versuchen, nach den verschiedensten Seiten hin sich als gefährlich und das Recht beeinträchtigend äußern müßte [126]).

Indem wir nun die Aufnahme der Privatklage in der Be-

---

[126]) Meine Abhandlung: „Ueber die Nothwendigkeit und den Werth gründ-

schränkung, wie es in dem Entwurfe geschieht, wenngleich nicht für durchaus unerläßlich, aber auch nicht lediglich als eine sog. Concession an die mit größter Vorsicht in diesem Gebiete zu würdigende öffentliche Meinung, so doch für gerechtfertigt und ebenso im Ganzen die Bestimmungen über die Voraussetzungen, das Verfahren, das Verhältniß des Privatklägers zu dem Staatsanwalt und dem Gerichte angemessen geordnet erachten, § 504, 505, 506 ꝛc., theilen wir auch nicht die Bedenken, welche bei der Behandlung der Frage erhoben worden sind. Man hat nicht nöthig, bei einer Bevorwortung der Privatklage, und um diese als unerläßliches Schutzmittel gegen zu besorgende Mißbräuche der Staatsanwaltschaft zu rechtfertigen, von einem Mißtrauen auszugehen, welches, schon an sich unwürdig und unbegründet, zu andern Folgerungen führen müßte. Die, welche von diesem Standpunkte aus und nicht von dem in obiger Beschränkung anzuerkennenden Rechte des Verletzten oder zum Strafantrag Berechtigten (§ 505) ausgehen, richten ihren Angriff auf die Einrichtung der Staatsanwaltschaft selbst, auf deren Stellung zu der Sache, zu dem Gerichte, zu dem Anzuklagenden oder Angeklagten und zu ihren Vorgesetzten: sie finden in dem ausgedehnten Rechte der Privatklage eine ihnen nothwendig scheinende Abhilfe für die Fälle widerrechtlicher Verweigerung oder Unterlassung der gebotenen strafrechtlichen Verfolgung. Aber man darf auch gegen die Privatklage nicht geltend machen, daß deren Zulässigkeit einen gefährlichen Mißbrauch, unter andern durch Erpressungen, begünstigen, ja hervorrufen könne — da diesem wohl rechtlich begegnet werden, und da derselbe ebenso und noch leichter mittelst der Drohung der Denunciation bei der Staatsanwaltschaft ausgeübt werden kann, und zwar in größerm Umfang, weil diese auch in Betreff aller der Fälle möglich ist, in welchen die Verfolgung mittelst der Privat-Strafklage ausgeschlossen wird. Zugegeben, daß solcher Mißbrauch, neben vielen andern, nicht überall zu verhindernden Vergehen, möglich sei, so würde darin allein nicht ein Grund gefunden werden dürfen, die ausnahmsweise, dann aber als solche gerechtfertigte Privatklage ganz auszuschließen. In der That empfiehlt es sich, diese Art der Verletzungen, in der an-

---

licher Voruntersuchung im Strafverfahren" in der Oesterreich. Vierteljahrsschrift. J. 1864. S. 5. v. Steman, „die ausschließliche Befugniß der Staatsanwaltschaft" in Goltdammer's Archiv, XI, 533.

gegebenen Beschränkung, der Rüge durch die in den Willen des Verletzten oder Klage-Berechtigten gestellte Verfolgung zu überlassen[127]). Mag es immerhin eine Ausnahme und gegenüber dem strengen strafrechtlichen Princip eine Anomalie sein. Solches ist oft unvermeidlich durch höhere Rücksichten geboten, und kann um so eher gestattet werden, je weniger hieraus eine gegründete Besorgniß der Gefährdung oder Trübung der Reinheit strafrechtlicher Principien abzuleiten ist. Wollte man in strengster Folgerichtigkeit diese Principien ausnahmslos durchführen, so würde man auch die in Bezug genommenen Bestimmungen des Straf-Ges.-B. streichen müssen, welche der Privatwillkühr in dem Gebiete, von dem hier die Rede ist, eine nicht geringere Anerkennung gewähren. Und doch hat diese eine wesentliche Berechtigung, wie denn der strafrechtliche Gesichtspunkt nicht der einzige und entscheidende ist.

Die Bestimmungen über das Verfahren selbst sind ausführlicher, als z. B. die des Oesterreichischen neuesten Entwurfs, § 44—46, welche „von der Privatanklage und dem Anschluß des Verletzten an das Strafverfahren" handeln. Doch wird in letztern nichts Wesentliches vermißt, indem — was übrigens nicht zu mißbilligen ist — Manches in den Preußischen aufgenommen ist, was auch aus allgemeinen Grundsätzen, oder aus denen des bürgerlichen Rechts, so weit es hier anwendbar ist, abgeleitet werden kann. So z. B., was § 506 über die Zulassung des Privatklägers zum Armenrecht, hinsichtlich der von ihm sonst vorzuschießenden Kosten, angeordnet wird. Die Bestimmung selbst könnte als eine Erschwerung der (überhaupt nicht begünstigten) Privatklage erscheinen, sie mag auch darauf berechnet sein, etwaigen Mißbräuchen zu begegnen. Wie im Fall des § 510, wenn, wo mehrere Privatkläger die Bestrafung des nämlichen Beschuldigten wegen der nämlichen That beantragen, diese Anträge mittelst Einer Klage und in Einem Verfahren zur Geltung gebracht werden — der § 506 zur Anwendung gebracht werden soll — ist nicht angegeben. Wird von der dem Gericht zustehenden Befugniß, eine Trennung des Verfahrens anzuordnen, Gebrauch gemacht, so fällt der Zweifel hinweg, der dort über die Theilung der Kosten, oder, bei dem Unvermögen eines der Kläger, über einen sonstigen Ausweg entstehen könnte.

---

[127]) Eine sehr beachtenswerthe Ausführung liefert Dr. Jul. Glaser in dem Motiven-Elaborat zum Entwurf der Oesterr. Straf-Pr.-O. v. J. 1862 in der „Allgemeinen österr. Gerichtszeitung", J. 1862, Nr. 100—102.

Die §§ 507, 508 über die Fälle, wo die Privatklage erst nach vergeblichen Vermittlungsversuchen des Schiedmanns zulässig ist, und über die Fähigkeit des zur Privatklage Berechtigten zur selbstständigen Verfolgung seiner Rechte, bez. der Vertretung des dieser Fähigkeit entbehrenden Anklageberechtigten, gehören zu denen, deren oben andeutend gedacht ist. Es sind, mit gutem Grunde, die bereits geltenden privatrechtlichen Vorschriften in Bezug genommen. Dies gilt auch von dem, was § 523, 524 über die Kosten bemerkt ist.

Im Uebrigen erscheinen die Vorschriften über das Verfahren des Gerichts § 511, die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft und deren Grenzen § 516, die Vertretung der Parteien § 517, die Befugnisse des Privatklägers § 518, das Verfahren, wenn die Privatklage für unzulässig erachtet wird § 521, (worunter ein nicht bei Anbringung der Klage § 504, sondern ein nach verhandelter Sache durch Urtheil auszusprechendes Ergebniß verstanden wird), über Wiederklage § 522 im Ganzen beifallswerth. Es ist der Standpunkt der Privatklage im Verhältniß zu dem öffentlichen Rechte des sonstigen und regelmäßigen Strafverfahrens folgerichtig festgehalten. Aber die Anordnung dieser einzelnen Rubriken dürfte mehrere Verbesserungen zulassen.

Zum Schlusse darf ich auch für diese Bemerkungen die Erklärungen zu der Begutachtung des Entwurfs v. J. 1851 in Bezug nehmen.

Mögen diese von mir vorgetragenen Erinnerungen die wohlwollende Berücksichtigung und Würdigung finden, welche ich, um der Sache willen, wünschen muß und erwarten zu dürfen glaube.

Druck von Leopold Schnauß in Leipzig.

Juristischer Verlag

von

Ernst Julius Günther in Leipzig.

Abegg, J. Fr. H., Die Frage über den Zeitpunkt der Vereidigung der Zeugen im strafrechtlichen Verfahren vom geschichtlichen, dogmatischen und legislativen Standpunkte aus erörtert. gr. 8. geh. Preis 10 Ngr.

Chop, Albert, Ueber die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch eines Verbrechens nach gemeinem und particulärem deutschen Strafrecht. 8. geh. Preis 16 Ngr.

Egidy, Christoph Arndt von, Das Verbrechen des Diebstahls, insbesondere nach dem thüringer Strafgesetzbuche. gr. 8. geh. Preis 1 Thlr.

Geschwornengericht und Schöffengericht. Ein Beitrag zur Lösung der Schwurgerichtsfrage. gr. 8. geh. Preis 6 Ngr.

Groß, K. von, Die Strafrechtspflege in Deutschland. 4 Jahrgänge. 1857 bis 1861. gr. 8. geh. Preis 14 Thlr. $3\frac{1}{2}$ Ngr.

Krug, August Otto, Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855 und den damit in Verbindung stehenden Gesetzen. Zweite sehr vermehrte Ausgabe, auch die Erläuterungsgesetze zum Strafgesetzbuche rc. umfassend. 3 Abtheilungen. gr. 8. geh. Preis 3 Thlr. 25 Ngr.

——— Abhandlungen aus dem Strafrechte. Neue Ausgabe. gr. 8. geh. Preis 1 Thlr. 10 Ngr. Dieselben enthalten:

I. Ueber die Bestrafung der von Ausländern im Auslande begangenen Verbrechen; II. Ueber Unterlassungsverbrechen; III. Ueber Causalzusammenhang; IV. Ueber den Begriff der Beihilfe zu einem Verbrechen; V. Zur Lehre von der Anstiftung zu einem Verbrechen; VI. Ueber die legislative Behandlung der Concurrenz der Verbrechen; VII. Ueber die prozessualische Behandlung concurrirender Verbrechen; VIII. Ueber die legislative Behandlung des Irrthums im Strafrechte und über Zurechnung im Allgemeinen; IX. Einige Bemerkungen über die legislative Behandlung der Eigenthumsverbrechen.

——— Zur Verständigung über die Concurrenztheorie des Strafgesetzbuchs für das Königreich Sachsen. 8. geh. Preis 10 Ngr.

——— Die sächsischen Staatsverträge zur Beförderung des Rechtsverkehrs mit dem Auslande, mit praktischen Erläuterungen. 8. geh. Preis 20 Ngr.

——— Das Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen, mit Erläuterungen. Zweite Auflage. 8. geh. Preis 16 Ngr.

——— Ueber die legis actiones und das Centumviralgericht der Römer. Ein Beitrag zur Rechtsgeschichte. Zweite verbesserte Aufl. 8. geh. Preis 12 Ngr.

——— Zur Lehre von dem fortgesetzten Verbrechen, mit besonderer Rücksicht auf Dr. Schwarze's Schrift: Zur Lehre von dem sogenannten fortgesetzten Verbrechen. 8. geh. Preis 10 Ngr.

Lehmann, Gustav, Der Nothstand des Schädenprozesses und der Entwurf der königl. sächs. Civilprozeßordnung. gr. 8. geh. Preis 12 Ngr.

Nachträge zu dem Strafgesetzbuche vom 13. August 1855 und zu der Strafprozeßordnung vom 13. August 1855. Gesetz vom 25. September 1861. Zur Erläuterung einiger Artikel des Strafgesetzbuchs, des Gesetzes über die Forst-, Feld-, Garten-, Wild- und Fischdiebstähle und der Strafprozeßordnung. 8. geh. Preis 4 Ngr.

Noellner, Friedrich, Die deutschen Einheitsbestrebungen im Sinne nationaler Gesetzgebung und Rechtspflege. Mit Benutzung amtlicher Urkunden. gr. 8. geh. Preis 1 Thlr. 15 Ngr.

Ortloff, Hermann, Der Adhäsionsprozeß. Dogmatisch-systematisch dargestellt. gr. 8. geh. Preis 16 Ngr.

Richter, Aemilius Ludwig, Die evangelischen Kirchenordnungen des sechzehnten Jahrhunderts. Urkunden und Regesten zur Geschichte des Rechts und der Verfassung der evangelischen Kirche in Deutschland. 2 Bände. gr. 8. Preis 9 Thlr.

Schwarze, Friedrich Oskar, Commentar zur Strafprozeßordnung des Königr. Sachsen vom 11. Aug. 1855. 2 Bände. gr. 8. geh. Preis 3 Thlr. 10 Ngr.

——— Grundsätze des königl. sächsischen Strafprozeßrechts. Ein Leitfaden zu akademischen Vorlesungen und zum Selbststudium. gr. 8. geh. Preis 1 Thlr.

——— Die Strafprozeßordnung für das Königreich Sachsen, mit Erläuterungen. Dritte vermehrte Auflage. 8. geh. Preis 1 Thlr. 20 Ngr.

——— Anleitung zum Referiren in Strafsachen, mit besonderer Berücksichtigung der königl. sächs. Gesetzgebung. 8. geh. Preis 15 Ngr.

Schomburg, D. J. A., Betrachtungen über die neuere deutsche Berggesetzgebung mit Rücksicht vornehmlich auf Oesterreich, Preußen, Sachsen und Thüringen, im Anschluß an das beigedruckte Berggesetz des Großherzogthums Sachsen vom 22. Juni 1857. gr. 8. geh. Preis 2 Thlr. 10 Ngr.

Studien zu dem Gesetz zur Erläuterung einiger Artikel des Strafgesetzbuchs, des Gesetzes über die Forst-, Feld-, Garten-, Wild- und Fischdiebstähle u. s. w. und der Strafprozeßordnung vom 25. September 1861. Von einem Praktiker. gr. 8. geh. Preis 16 Ngr.

Trenung, die, der Justiz von der Verwaltung. Votum eines königl. sächsischen Justizbeamten. gr. 8. geh. Preis 6 Ngr.

Voigt, Moritz, Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. gr. 8. geh. 4 Bände. Davon ist bereits ausgegeben: Erster Band. Die Lehre vom jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer. Preis 3 Thlr. 10 Ngr. Zweiter Band. Das jus civile und jus gentium der Römer. Preis 5 Thlr. Vierter Band, zweite Abtheilung. Beilage IX—XVI zu Band II enthaltend. Preis 1 Thlr. $22\frac{1}{2}$ Ngr.

Die noch rückständigen Partien dieses Werkes, nämlich Band III und Abtheilung 1 und 3 von Band IV, werden innerhalb der nächsten zwei Jahre dem Publikum übergeben werden.

——— Drei epigraphische Constitutionen Constantin's des Großen und ein epigraphisches Rescript des praef. praet. Ablivius gelesen, restituirt und commentirt nebst einer Untersuchung über die Verfassung der pagi und vici des römischen Reiches. Lex. 8. geh. Preis 1 Thlr. 20 Ngr.

——— Ueber die codictiones ob causam und über causa und titulus im Allgemeinen. gr. 8. geh. Preis 4 Thlr.

Wieding, Karl, Die Transmission Justinian's, insbesondere das Wissen oder Nichtwissen der transmittirenden Erben. 8. geh. Preis 20 Ngr.

Zusammenstellung der auf das Strafgesetzbuch und dessen Nebengesetze bezüglichen Verordnungen, Entscheidungen und Abhandlungen. Nach der Reihenfolge der Artikel geordnet. Herausgegeben von der Redaction der Allgemeinen Gerichtszeitung. Geschlossen am 1. März 1860. Preis 10 Ngr. Schreibpapier Preis 12 Ngr.

Zusammenstellung der auf die Strafprozeßordnung bezüglichen, seit der Publication derselben erschienenen Verordnungen und sonstigen Anweisungen, sowie der einschlagenden Entscheidungen des königlichen Ober-Appellations-Gerichts. Nach der Reihenfolge der Artikel geordnet. Herausgegeben von der Redaction der Allgemeinen Gerichtszeitung. Geschlossen am 31. December 1859. Preis 8 Ngr. Schreibpapier Preis 10 Ngr.

Abegg, Julius Friedrich Heinrich

Der Entwurf einer Strafprozess-Ordnung für den Preussischen Staat vom Jahre 1865

Leipzig 1865